



UNIVERSIDADE FEDERAL DE CAMPINA GRANDE
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS
UNIDADE ACADÊMICA DE DIREITO
CURSO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS

THAYANE BUEZIA GAMBARRA SANTOS

A PRISÃO CIVIL E OS DIREITOS HUMANOS EM FACE DA TEORIA
DA SUPRALEGALIDADE DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE
DIREITOS HUMANOS

SOUSA - PB
2009

THAYANE BUEZIA GAMBARRA SANTOS

A PRISÃO CIVIL E OS DIREITOS HUMANOS EM FACE DA TEORIA
DA SUPRALEGALIDADE DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE
DIREITOS HUMANOS

Monografia apresentada ao Curso de Ciências Jurídicas e Sociais do CCJS da Universidade Federal de Campina Grande, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharela em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientador: Professor Esp. Leonardo Figueiredo de Oliveira.

SOUSA - PB
2009

Thayane Buezia Gambarra Santos

A PRISÃO CIVIL E OS DIREITOS HUMANOS EM FACE DA TEORIA DA
SUPRALEGALIDADE DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS
HUMANOS

Aprovada em : de de 2009.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Leonardo Figueiredo de Oliveira – UFCG
Professora Orientadora

Nome – Titulação – Instituição
Professor(a)

Nome – Titulação – Instituição
Professor(a)

Dedico este trabalho a Deus, que tantas vezes realizou sonhos em minha vida, que fez dela um acontecimento sucessivo de milagres, e me fez ter forças a cada dia que me surgia uma oportunidade. E a minha família, por ter simplesmente me amado incondicionalmente.

AGRADECIMENTOS

Ao longo da caminhada jamais teria conseguido seguir se ao meu lado não houvesse pessoas tão maravilhosas e amigas. Eu que saí de uma cidade pacata, que dificulta o crescimento profissional, que não oferece oportunidades a pessoas grandiosas. Agradeço a minha mãe Fátima que acreditou no meu potencial e sempre batalhou para que meus estudos estivessem em primeiro lugar, que me apoiou quando resolvi sair de casa para estudar fora da cidade, sabendo que um dia eu iria dar a alegria a toda família por ter uma filha formada.

Agradeço a meu pai Zeca por toda confiança, que apesar de algumas incompreensões por não entender onde eu queria chegar, hoje se faz orgulhoso de mim. Vejo o brilho nos seus olhos, por ter me feito alcançar mais um sonho, sabendo que pode contar comigo para qualquer momento.

Aos meus irmãos, Teógenes e Thayse, que sorriram e choraram comigo nas surpresas que a vida nos revelou. Sempre torceram por mim com amor e união, respeitando a minha distância de casa quando não pude estar presente para as comemorações como também para as dificuldades da vida em família.

Ao meu namorado Felipe por ter sido tão paciente e compreensivo comigo. Apesar da distância, foi quem nesse momento final me deu mais forças com suas palavras de carinho e companheirismo. Todo o seu amor me alimenta a cada dia para enfrentar os desafios da vida.

Aos meus colegas da faculdade e em especial à Silvia, a Trajano, a Tércio e à Waleska nos quais caminhamos juntos durante todo esse curso, vivendo alegrias e dificuldades, mas sabendo que cada um estava na torcida de conseguirmos chegar ao final.

Ao companheirismo das amigas do “apê”, Villaní, Nathalie e Aline, por terem sido tolerantes comigo e fazer das dificuldades do dia-a-dia mais amenas. Todas as conversas, palavras de conforto, por torcerem por mim e me fazer acreditar que eu era capaz de conquistar as oportunidades das quais foram surgindo durante esse curso.

Aos colegas de trabalho da Justiça Federal pela paciência em me ensinar a prática do Direito. Toda a confiança depositada me deixou orgulhosa em trabalhar com pessoas tão sensatas, educadas e capacitadas. Sou muito grata. São ensinamento que levarei por toda vida, seja ela pessoal ou profissional, me fazendo tornar outra pessoa, além do que realmente era.

A todos que de forma direta ou indireta me ajudaram na conclusão do curso e deste trabalho. Ignorante aquele que achar que sua vitória é fruto de seu próprio e único esforço, pois ser humano algum, por mais forte que seja, é capaz de caminhar sem a ajuda de um amigo. Por isso agradeço a cada um que nem aqui foi citada, mas que tanto me ajudou.

Liberdade é uma palavra que o sonho humano alimenta, não há ninguém que explique e ninguém que não entenda.

Cecília Meireles

RESUMO

Sob uma compreensão humanizada, o presente estudo faz uma análise acerca da prisão civil como forma de restrição de liberdade. Traz, sob uma visão panorâmica, todo o transcurso histórico da prisão civil, tornando a concepção atual mais compreensível. A importância dessa discussão ocorre porque a prisão civil do depositário infiel é permitida pela Constituição Federal e proibida pelo Pacto de São Jose da Costa Rica, do qual o Brasil fez-se signatário: eis aí a grande problemática do assunto. A pesquisa desenvolveu-se mediante o emprego dos métodos histórico-evolutivo no que tange à origem e evolução da prisão civil, bibliográfico para formação do material teórico, e exegético-jurídico para análise das decisões jurisprudenciais a respeito da possibilidade ou não da prisão civil do depositário infiel e seus equiparados. Também foram realizadas pesquisas doutrinárias, tomando-se por base o que já foi publicado em relação ao tema, artigos científicos e sites jurídicos de modo que se delineie uma nova abordagem sobre o mesmo. Todo o trabalho está abalizado pelo Direito dos direitos humanos e por isso foi feita toda uma retrospectiva sob a evolução do reconhecimento destes direitos e sob sua universalidade. E foi dessa universalidade que surge a necessidade de se discutir o valor dos tratados internacionais de direitos humanos inseridos no ordenamento jurídico brasileiro. Verifica-se que o Supremo Tribunal Federal tomou posição em relação aos tratados internacionais de direitos humanos, fazendo surgir uma nova pirâmide jurídica, porém, o *status* normativo é apontado por alguns estudiosos como sendo irrelevante quando a antinomia envolver direitos humanos, pois nesse caso, aplicar-se-ia o princípio do "*pro homine*". Este trabalho também tem uma parte conceitual, que traz conceitos jurídicos e doutrinários sobre alienação fiduciária e depósito, dois institutos diversos, mas que foram equiparados pela lei para permitir a prisão civil do alienante fiduciário, equiparação bastante criticada pela doutrina e por alguns tribunais com posição de vanguarda. Conclui-se que tais decisões impossibilitam qualquer hipótese prisão civil, exceto a do alimentante em mora. Doravante o jurista deve conhecer tanto as normas internas como internacionais que adote posições mais condizentes com a crescente e necessária busca pela proteção universal dos direitos humanos.

Palavras-chave: Prisão civil. Tratados Internacionais de Direitos Humanos. Princípio do *pro homine*.

ABSTRACT

Under a humane understanding, this study is an analysis of the civil prison as a restriction of freedom. Bring in an overview, the whole history of passing civil prison, making the current design more understandable. The importance of this discussion is because the civil prison of depositary infidel is allowed by the constitution and prohibited by the Federal Pact of San Jose Costa Rica, which Brazil has signed up: behold the great problem of the subject. The research was developed through the use of historical and evolutionary methods in regard to the origin and evolution of the civil prison, bibliographic material for the theoretical training, and legal-exegetic for judicial review of decisions regarding the possibility of prison or not the civil warehousekeeper unfaithful and treated. Doctrinal studies were also performed, based on what has been published on the subject matter, legal papers and sites so that a new approach proceed on it. All the work is authoritative by the law of human rights and all this was done by a retrospective on the evolution of recognition of these rights and on its universality. It was this universality that arises the need to discuss the value of international human rights treaties entered into the Brazilian legal system. It appears that the Supreme Court adopted a position on international human rights treaties, to create a new legal pyramid, however, the normative status is indicated by some scholars as irrelevant when the antinomy involving human rights, because in that case, would apply the principle of "pro hominem." This work also has a conceptual part, which brings legal concepts and doctrinal disposition on trust and deposit, two different institutes, but were deemed by law to permit civil detention of alienating trust, treating fairly criticized by some courts and doctrine with position lead. It is impossible that such decisions any event civil prison, except in the that feeds lives. Henceforth the lawyer must know both the internal and international standards to adopt positions more consistent with the growing need and quest for universal protection of human rights.

Keywords: Civil prison. International Human Rights Treaties. Principle of *pro hominem*.

SIGLAS

Art. – artigo
CC – Código Civil Brasileiro
CF – Constituição Federal de 1988
Cf. – conferir
HC – Habeas Corpus
MG – Minas Gerais
Min. – Ministro
ONU – Organização das Nações Unidas
RE – Recurso Extraordinário
Resp. – Recurso Especial
RHC – Recurso Ordinário em Habeas Corpus
RJ – Rio de Janeiro
RS – Rio Grande do Sul
SP – São Paulo
STF – Supremo Tribunal Federal
STJ – Supremo Tribunal de Justiça

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
CAPÍTULO 1: LINEAMENTOS DA PRISÃO CIVIL SOB A ÓTICA DO DIREITO POSITIVO.....	14
1.1 Ordem Normativa Pretérita	14
1.2 Disposições Normativas Atuais.....	16
1.3 Casos Excepcionais da Prisão Civil no Ordenamento Jurídico Brasileiro.....	19
1.3.1 Prisão Civil por Descumprimento de Obrigação Alimentícia	19
1.3.2 Prisão Civil do Depositário Infiel.....	20
1.3.3 Prisão Civil do Alienante Fiduciante (depositário por equiparação).....	25
CAPÍTULO 2 DIREITOS HUMANOS E GRADAÇÃO DOS TRATADOS INTERNACIONAIS NO ORDENAMENTO JURIDICO BRASILEIRO	27
2.1 Direitos humanos e direitos fundamentais: a proteção da pessoa humana	27
2.2 Da Crise da Legalidade ao Estado Constitucional de Direito	30
2.3 <i>Status</i> Normativo dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos.....	30
2.3.1 Teoria da Supraconstitucionalidade	31
2.3.2 Teoria da Constitucionalidade	32
2.3.3 Teoria da Supralegalidade	33
2.3.4 Teoria da Legalidade.....	35
2.3.5 Princípio do <i>pro homine</i>	36
CAPÍTULO 3 POSIÇÃO DE VANGUARDA EM NOSSOS TRIBUNAIS	38
3.1 A impossibilidade da prisão civil do devedor fiduciário (depositário por equiparação)	38
3.2 Considerações recentes sobre a prisão civil do depositário infiel típico e judicial	41
3.3 Aplicação do Princípio <i>Pro Homine</i>	47
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	52
REFERÊNCIAS	54
ANEXOS.....	54
ANEXO A – Jurisprudência do STF.....	47
ANEXO B – Jurisprudência do STJ.....	47
ANEXO C – Informativos do STF	47

INTRODUÇÃO

A possibilidade da prisão civil por dívida é, certamente, uma das questões mais controvertidas no direito brasileiro, seja pela diversidade de diplomas legais pertinentes à matéria, pelas idas e vindas na jurisprudência, admitindo ou rejeitando a possibilidade de prisão ou pela quantidade de detalhes que podem interferir na caracterização das hipóteses em que se admite a restrição da liberdade.

Prisão Civil e Direitos Humanos são dois assuntos com um vínculo muito nítido: a liberdade, direito humano por excelência que é cerceado pela prisão civil, porém, tutelado pelos direitos humanos, ou seja, a prisão civil é uma das hipóteses de restrição de liberdade que fere diretamente a esfera dos direitos humanos, fazendo da liberdade um instrumento de proteção da propriedade: caso típico de coisificação do ser humano.

O presente trabalho desenvolve-se a partir da exposição do problema consistente na antinomia aparente entre normas internas e internacionais que dispõem sobre o assunto. A Constituição Federal de 1988 trouxe dois casos em que a prisão civil é possível: depositário infiel e alimentante em mora. Todavia, o Brasil é signatário do Pacto de São José da Costa Rica e este permitiu apenas a prisão do alimentante em mora.

Outro acontecimento relevante e que enseja o aprofundamento do debate por suas implicações jurídicas refere-se aos últimos desdobramentos decorrentes de julgamentos do Supremo Tribunal Federal (STF) que voltaram a discutir tal questão, sendo preciso fixar quais os textos normativos supostamente aplicáveis à hipótese e estabelecer algumas distinções necessárias. Como se observará, foi diante da decisão do julgamento do Recurso Extraordinário RE nº 466343, que teve como tese vencedora, a supralegalidade dos tratados internacionais e o fim da prisão civil do depositário infiel e seus equiparados, tendo como base a Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), tornando inválida qualquer possibilidade de aplicação de prisão civil, exceto o devedor alimentante. Muito embora demonstrar-se-á também como razão dessa não aplicação de meio de coerção o princípio *pro homine*, a qual resulta de que havendo conflito aparente de normas, sejam elas internas ou internacionais, prevalece a norma a que mais se amplia o gozo desse direito.

Diante de todo esse arcabouço conjuntural de polêmica e discussões acerca da prisão civil por dívida, é que se justifica o presente Trabalho de Conclusão de Curso, visto que irá proceder a uma análise do tema no ordenamento jurídico brasileiro, principiando pela origem desse meio de coerção utilizado desde os tempos mais remotos, seguida de uma abordagem sobre as disposições normativas constitucionais e quais os casos excepcionais da prisão civil, passando pelo exame de teorias que discutem o *status* dos tratados internacionais de direitos humanos, tendo em vista o seu caráter especial no direito pátrio, apreciando os últimos julgamentos de decisões da Suprema Corte relacionadas com o tema até encerrar com toda a fundamentação de que não há mais base legal para a prisão civil do depositário infiel e seus equiparados.

No intuito de tornar viável um fulcro teórico que ofereça bases consistentes de análise, a pesquisa desenvolve-se mediante o emprego dos métodos histórico-evolutivo no que tange à origem e evolução da prisão civil, bibliográfico para formação do material teórico, e exegético-jurídico para análise das decisões jurisprudenciais a respeito da possibilidade ou não da prisão civil do depositário infiel e seus equiparados. Também serão realizadas pesquisas doutrinárias, tomando-se por base o que já foi publicado em relação ao tema, artigos científicos e sites jurídicos de modo que se delineie uma nova abordagem sobre o mesmo.

Como forma de atingir os objetivos consignados, este trabalho estruturar-se-á em três capítulos, que serão ordenados da seguinte maneira: no primeiro capítulo a prisão civil será apreciada de forma a demonstrar a sua origem, passando pelo histórico da legislação pátria desde as primeiras constituições brasileiras até a atual, verificando os casos excepcionais de prisão civil previstos na Constituição Federal de 1988, dentre os quais estão o devedor de pensão alimentícia e o do depositário infiel.

Nesse capítulo também se abordará a questão da prisão civil na alienação fiduciária, visto que o Decreto-Lei 911/69 fez uma equiparação do alienante fiduciante em mora com o depositário infiel para permitir sua prisão. Houve, pois, uma deturpação do instituto depósito, que feriu o princípio da proporcionalidade em seus aspectos necessidade (havia medida menos gravosa) e proporcionalidade em sentido estrito (não houve equilíbrio entre a intervenção e o objetivo do legislador).

O segundo capítulo tratará das considerações acerca dos direitos humanos, demonstrando que existe o conflito entre a Constituição brasileira atual e os

Tratados Internacionais de direitos humanos, os quais o Brasil de faz signatário. Apresentar-se-á quatro teorias que discutem o *status* dos tratados internacionais de direitos humanos. A teoria da supraconstitucionalidade a qual coloca esses tratados num patamar superior à Lei Maior, porém o controle de constitucionalidade faz essa tese perder sua força. A segunda teoria que é a da constitucionalidade e dá aos tratados respectivos o valor de normas constitucionais, em razão do art. 5º, § 2º da Constituição Federal de 1988. A outra tese, que é chamada de teoria da supralegalidade, adotada por Gilmar Mendes no Recurso Extraordinário nº 466.343-1 e que reserva um patamar intermediário aos tratados que versem sobre direitos humanos, colocando-os entre a Carta Política e as leis ordinárias; foi dessa teoria que surgiu a nova pirâmide jurídica. Por última teoria temos a da legalidade, tendo, pois, o tratado, seja ele sobre direitos humanos ou não, valor de lei ordinária; porém não dá para tratar de forma igualitária tratados sobre exportação de calçados, por exemplo, e tratados sobre direitos da pessoa humana, seria isso uma equiparação entre direitos existenciais e patrimoniais.

Diante de tantas posições, ainda nesse capítulo, será analisado o princípio *pro homine*, considerados por alguns estudiosos como sendo essa discussão vã, haja vista não estarem as normas sobre direitos humanos condicionadas a posições hierárquicas, mas sim interligadas entre si, permitido pelo art. 5º, § 2º da CF, o que torna, do ponto de vista material, cabível ao aplicador do direito preferir a norma a que mais assegura o exercício do direito.

No terceiro e último capítulo, será levantada toda a celeuma da impossibilidade da prisão civil do depositário infiel no ordenamento jurídico pátrio, tendo em vista que houve nova posição do Supremo Tribunal Federal, reconhecendo o valor supralegal dos tratados de direitos humanos já vigentes no Brasil, passando a ostentar uma posição intermediária entre a legislação comum brasileira, de um lado, e a Constituição de República de outro. Os acórdãos prolatados e opiniões doutrinárias apresentadas deixarão claro que não há mais base legal para a prisão civil do depositário infiel, haja vista o Brasil se fazer signatário do Pacto de São José da Costa Rica.

Ainda dentro desse mesmo capítulo, se observará que todas as discussões jurisprudenciais tomadas a respeito do tema no mesmo sentido também se validaria a aplicação do princípio *pro homine*.

Serão anexados ao trabalho os acórdãos proferidos nos tribunais superiores pátrios como também informativos referentes aos seus últimos desdobramentos visando regulamentar a matéria.

CAPÍTULO 1: LINEAMENTOS DA PRISÃO CIVIL SOB A ÓTICA DO DIREITO POSITIVO

Neste capítulo inicial, serão lembrados primeiramente os antecedentes históricos da prisão civil, já que em tempos remotos o não pagamento de uma dívida sujeitava o devedor a conseqüências pessoais e corpóreas, seguida de uma abordagem sobre as disposições normativas integrantes ao ordenamento jurídico brasileiro atual. Adiante far-se-ão as considerações acerca dos casos excepcionais da prisão civil dentre os quais estão o do devedor de pensão alimentícia e o do depositário infiel, incluindo neste, conceito, elementos que o caracterizam, assim como as espécies de depósito existentes no direito brasileiro, objetivando-se, a partir daí, realizar um estudo analisando o caso de inadimplemento por parte do devedor com o escopo de permitir a decretação de sua prisão. Não deixando, porém, de verificar também o instituto da alienação fiduciária em garantia, haja vista, em momento de inadimplência, ter sido comparado ao depositário infiel pelo Decreto-Lei nº 911/69.

1.1 Ordem Normativa Pretérita

Através dos tempos, a preservação da liberdade do cidadão vem sendo acolhida, em todos os sistemas jurídicos, como um direito fundamental, os quais abonaram a possibilidade de aceitar que o cidadão devedor pudesse ser compelido a pagamento, em detrimento do seu direito de liberdade.

Hodiernamente prevalece a regra de que “quem se obriga, obriga o que é seu” no dizer de Planiol e Ripert (CALLAGE apud QUEIROZ, 2004). Porém, no passado, o entendimento ia de encontro a qualquer sentimento de dignidade humana, pois o devedor tinha seu próprio corpo como garantia de um débito.

Em épocas remotas, o sentimento de dignidade humana era desfavorável, posto que o devedor tinha seu próprio corpo como garantia de um débito. A famosa Lei das XII Tábuas, na sua Tábua III, permitia que a execução contra o devedor recaísse sobre seu próprio corpo. Não havendo a quitação da dívida, concedia-se poderes ao credor de conduzir o inadimplente à presença do magistrado, havendo

resistência, o sujeito ativo da relação poderia conduzi-lo *ab torto colo*, ou seja, “pelo pescoço”, literalmente. Não pagando ainda a dívida e não havendo apresentação de fiador, prendia-se o devedor, fornecendo-lhe apenas pão. Persistindo ainda a falta de pagamento, o devedor era conduzido à praça pública e a sua dívida era proclamada em altas vozes, ficando ao arbítrio do credor a decisão de vendê-lo ou matá-lo, podendo até esquartejá-lo (AZEVEDO, 2000).

Uma visão mais humanizada surgiu com a *Lex Poetelia Papiria*, no ano de 326 a.C, oriunda de um motim contra maus tratos aplicados a um devedor plebeu. A referida lei determinava que a execução de dívida recaísse contra o patrimônio (Ibid, 2000).

Na idade Média, houve um retrocesso: a cobrança voltou a incidir sobre a pessoa do devedor, sujeitando-se este à servidão, prisão ou expulsão de sua cidade. Esse posicionamento absurdo vigorou até o final do século XIX, quando alguns países perceberam o quanto estavam sendo retrógrados e se dispuseram a mudanças. A França, em 1867, aboliu a prisão civil por dívidas; fez o mesmo a Alemanha no ano seguinte; e, por igual, tal prisão foi extinta do ordenamento inglês em 1869.

O entendimento no ordenamento positivo brasileiro sobre depositário infiel seguiu a prescrição existente nas Ordenações Portuguesas, que buscaram uma inspiração no Direito Romano. Vigoraram no Brasil até 1916, quando foram expressamente revogadas pelo Código Civil Brasileiro. O Código de Processo Civil pátrio de 1939 só permitia a defesa do devedor depositário se houvesse o depósito do equivalente, caso contrário, havia a inaceitável possibilidade de condenação à prisão civil de um réu sem defesa.

Quanto às normas constitucionais acerca desse meio de coerção, a Constituição Política do Império do Brasil de 25 de março de 1824, bem como a Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 24 de janeiro de 1891 foram omissas. A Carta Magna de 16 de julho de 1934 dispôs sobre o assunto e foi incisiva quando proibiu, sem exceções, a prisão civil por dívidas, custas ou multas (art. 113). Três anos depois passou a vigorar outra Constituição, que não ofereceu nenhuma garantia contra a prisão civil, deixando-a ao alvitre da lei ordinária. As Constituições de 18 de setembro de 1946 e a de 24 de janeiro de 1967, bem como a Emenda Constitucional n.1 de 17 de outubro de 1969 só permitiram a prisão civil do

depositário¹ infiel e do devedor de alimentos, todas com uma redação bem semelhante. A atual Carta Magna, de 5 de outubro de 1988, preservou as exceções, contudo qualificou a inadimplência da obrigação alimentar como voluntária e inescusável e retirou a expressão “na forma da lei” (QUEIROZ, 2004).

Como se observa, os posicionamentos normativos acerca da prisão civil oscilaram consideravelmente no decorrer de toda a sua evolução histórica, e, muito embora tenha-se hoje um sistema normativo mais condizente com a dignidade humana, ainda é passível de revisões e alterações para que se evite que ficções jurídicas sirvam de camuflagem para um prejudicial retrocesso.

1.2 Disposições Normativas Atuais

A Constituição de 1988 não poderia ganhar alcunha mais apropriada quando foi chamada de “cidadã”, pois ela é resultado de uma escolha progressista de priorização do ser humano, advinda após o fim da ditadura militar. Não há, nesta República, prisão civil por dívidas; não obstante há duas exceções, quais sejam: a prisão civil do depositário infiel e do alimentante inadimplente. O texto constitucional referente a essa garantia, a qual é objeto de várias críticas, encontra-se no art. 5º, inciso LXVII, com a redação que segue: “Não haverá prisão civil por dívidas, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel.

Diante do caráter de universalidade dos direitos humanos, o direito caminhou para a internacionalização. Acima da soberania nacional estaria a universal, que seria concernente a toda a humanidade e relativa aos interesses comuns de todo ser humano. Prisão civil e direitos humanos são dois assuntos com um vínculo lógico muito nítido: a liberdade, direito humano por excelência que é cerceado pela prisão civil e tutelado pelos direitos humanos. Dessa forma, não haveria afronta maior à dignidade humana do que retirar do homem o direito ao mais precioso atributo da vida.

¹ Segundo Sílvio Rodrigues, o depositário é a pessoa que recebe objeto móvel alheio para guardá-lo, com a obrigação de restituí-lo quando o depositante o reclamar.

Alguns doutrinadores defensores da prisão civil no Brasil afirmam que o cerceamento da liberdade não ofende à dignidade do homem, pois não se trata de pena, mas de meio de pressionar, psicologicamente, o devedor a quitar sua dívida. Essa é a característica peculiar da sanção. Discutir a natureza jurídica do instituto da prisão civil pode até interessar ao plano acadêmico, mas no plano da realidade, o devedor será levado às agruras do sistema carcerário, que são verdadeiras “sucursais do inferno”.²

O legislador constituinte de 1988 priorizou o cidadão e seus direitos fundamentais, colocando-os à frente de quaisquer outros direitos. Para comprovarmos tal assertiva basta citarmos o art. 1º da CF/88, que traz a dignidade humana como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito; seguindo as tendências do direito moderno, a Constituição ainda trouxe o art. 4º, que impõe a prevalência dos direitos humanos nas suas relações internacionais.

A grande questão é que o constituinte que se mostrou tão humanista também foi capaz de permitir que o assalariado, a dona de casa que compra um fogão, o agricultor de três hectares, e outras vítimas da bruta e má distribuição de renda, sejam submetidos a um regime penitenciário fechado tão desumano em razão de uma inadimplência, muitas vezes, involuntária.

Consequentemente tornou-se rotina para os nossos doutrinadores e aplicadores do direito discutir acerca da validade da prisão civil do depositário infiel. O problema surgiu com a incorporação de dois dos consectários dessa compreensão universal de direitos humanos, quais sejam, o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos de 1966 e a Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969 (conhecida como o Pacto de São José da Costa Rica), ambos ratificados pelo Brasil no ano de 1992. Os seus textos referentes à prisão civil assim estão dispostos: “Ninguém poderá ser preso apenas por não poder cumprir com uma obrigação contratual.” (Art. 11 do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos). “Ninguém deve ser detido por dívidas. Este princípio não limita os mandados de autoridade judiciária competente expedidos em virtude de inadimplemento de obrigação alimentar.” (Art. 7º, nº 7 do Pacto de São José da Costa Rica)”

Ainda em 1969 foi editado o Decreto-lei nº 911. Sem qualquer conteúdo democrático, posto que elaborado num período de exceção, o Decreto-lei equiparou

2 Expressão usada pelo ministro da justiça Ruy Rosado de Aguiar no EREsp 149518.

o alienante fiduciário³ ao depositário, o que o tornou passível de ser preso por dívidas. O referido decreto-lei traz em seu art. 1º o seguinte:

O art. 66, da Lei 4.728, de 14 de julho de 1965 (Lei de Mercado de Capitais), passa a ter a seguinte redação: 'Art. 66. A alienação fiduciária em garantia transfere ao credor o domínio resolúvel e a posse indireta da coisa móvel alienada, independentemente da tradição efetiva do bem, tornando-se o alienante ou devedor em possuidor direto e depositário com todas as responsabilidades e encargos que lhe incumbem de acordo com a lei civil e penal'.

Reforçando a equiparação entre depositário e alienante fiduciário ainda encontra-se outra disposição normativa no art. 1.363 do Código Civil Brasileiro, que prevê o seguinte: "Antes de vencida a dívida, o devedor, a suas expensas e risco, pode usar a coisa segundo sua destinação, sendo obrigado como depositário [...]". Tendo em conta esses tratados dos quais o Brasil faz parte, incontestáveis acórdãos no Supremo Tribunal de Justiça reiteradamente negaram validade para a prisão civil do depositário infiel no caso de alienação fiduciária (Resp 7943-RS; Resp 2320-RS; RE 349703-RS, etc.).

Um novo horizonte foi aberto no que tange aos recentes entendimentos do Supremo Tribunal Federal depois do Recurso Extraordinário nº 466343-SP e do Recurso Extraordinário nº 349703 proibindo a prisão civil por dívida, previsto no art. 5º, inciso LXVII da CF, à hipótese de infidelidade no depósito de bens e, por analogia, também à alienação fiduciária, tratada nesses dois recursos. No mesmo sentido, em decisão do *Habeas Corpus* nº 87585, ficou revogada a Súmula 619, da Suprema Corte.

Verifica-se que alguns textos legais caminharam em direção à priorização de valores existenciais, pois proteger o depositante e o credor na alienação fiduciária através da possibilidade de prisão do devedor é simplesmente fazer dos valores existenciais um meio de proteção de valores patrimoniais.

³ Conforme ensinamentos de Orlando Gomes, o alienante fiduciário é o devedor que garante o pagamento de uma dívida decorrente da compra de um bem infungível transmitindo ao credor a propriedade desse mesmo bem, retendo-lhe a posse direta, sob a condição resolutiva de saldá-la.

1.3 Casos Excepcionais da Prisão Civil no Ordenamento Jurídico Brasileiro

Nesta sessão será apresentada a hipótese de inadimplemento de obrigação alimentar, o instituto do depósito com suas principais características, bem como as disposições positivadas sobre o contrato de depósito civil, além de breve alusão ao instituto da alienação fiduciária em garantia, escolhidas entre os equiparados pela sua relevância e aplicação prática em larga escala.

1.3.1 Prisão Civil por Descumprimento de Obrigação Alimentícia

Sabe-se que o direito aos alimentos é expressão concreta do princípio da dignidade humana, pois asseguram a subsistência da própria vida. É natural, então, que a execução da obrigação de pagar alimentos exija um meio coercitivo eficaz e célere. A especial natureza da obrigação alimentícia justifica a prisão civil do devedor, pois visa a proteger a vida, a integridade e a dignidade do alimentando. O prazo máximo do cerceamento da liberdade nesse caso é de sessenta dias.

Entre a liberdade do devedor e a vida do alimentante fica evidente que esta deve prevalecer. Quando estão em confronto dois direitos ligados à dignidade humana é necessário que criemos uma balança imaginária para fazermos um juízo de ponderação. Nessa hipótese deve pesar mais o direito que respeitar de forma mais ampla e efetiva a dignidade humana.

Para alguns estudiosos, a prisão civil só se justifica para o fim de compelir o devedor ao pagamento de alimentos necessários a sua manutenção, não incluindo na execução as vultosas somas de atrasados acumulados por inércia do alimentado. Parcela da doutrina e da jurisprudência repudia a prisão civil se for para compelir o devedor a adimplir as prestações que estiverem vencidas há mais de três meses. Esse também foi o entendimento do Supremo Tribunal de Justiça (STJ) quando editou a Súmula 309, cujo teor é o seguinte: “o débito alimentar que autoriza a prisão civil do alimentante é o que compreende as três prestações anteriores ao ajuizamento da execução e as que vencerem no curso do processo”. Em contrapartida, doutrina ainda minoritária afirma que se a prisão ficar condicionada

assim restarão sacrificados direitos fundamentais do alimentante; seriam as circunstâncias fáticas que orientariam o juiz, podendo este coagir o devedor a pagar os últimos seis, sete meses (ou mais ainda) (FUX, 2004).

Em relação a essa hipótese de prisão civil não há grandes controvérsias, pois se deve tutelar, *a priori*, o direito fundamental à vida em detrimento de qualquer outro. Até mesmo a disposição topográfica trazida na Constituição corrobora essa prevalência sobre os demais direitos, pois a vida é o primeiro direito a ser citado pelo *caput* do seu art. 5º. A rigor, a lógica também explica essa preponderância de garantir ao ser humano o direito à vida em detrimento dos outros direitos.

1.3.2 Prisão Civil do Depositário Infiel

É de importância ressaltar as dificuldades que têm enfrentado a doutrina e a jurisprudência no que tange a esse contrato e sua extensão às figuras similares à do depositário como, por exemplo, a do devedor fiduciante na alienação fiduciária em garantia, sendo possível também para esta a aplicação dessa sanção civil. A seguir serão abordadas as considerações sobre o contrato de depósito.

1.3.2.1 Do contrato de depósito

Embora não seja função da lei conceituar institutos, o art. 627 do Código Civil Brasileiro definiu o contrato de depósito como aquele pelo qual se entrega uma coisa móvel, corpórea e infungível para guarda, com o dever de restituí-lo assim que o depositante o reclamar. Esse texto é bastante claro para se verificar que o objeto, segundo a lei civil, é uma coisa móvel e não fungível, coisa individuada, que é traditada pelo depositante ao depositário, com a incumbência de sua oportuna restituição. Acontecendo desse modo, o instituto será o depósito regular, uma das espécies desse contrato.

Como a finalidade principal desse contrato é possibilitar a guarda do bem, o uso deste pelo depositário só é possível se assim for convencionado, segundo o art.

640 do CC. Todavia, pode ser que em algumas das espécies desse instituto, o uso seja da própria natureza do negócio, como nos depósitos bancários; mas nesse caso as regras são as do mútuo, porque se trata de depósito de coisas fungíveis (VENOSA apud QUEIROZ 1997, p.181). Se é concedido o uso e a coisa depositada não for fungível, o depósito se aproxima do comodato (empréstimo de uso) se gratuito, ou da locação se oneroso.

A gratuidade também é uma de suas características, porém as partes podem estipular que o depositário seja gratificado ou se houver “convenção em contrário, se resultante de atividade negocial ou se o depositário o praticar por profissão” (CC, art. 628); essa regra não vale para o depósito necessário, pois este não se presume gratuito.

Quando remunerado, o depósito é contrato bilateral; sendo gratuito, é unilateral, pois aperfeiçoa-se com a entrega da coisa, cujas obrigações restarão só para o depositário. Como podem surgir obrigações para o depositante, como a de pagar ao depositário as despesas feitas com a coisa (CC, art. 643) alguns o consideram contrato bilateral imperfeito, situando-se numa categoria intermediária (QUEIROZ, 2004). Em contrapartida, outros afirmam que essa qualificação é incorreta, pois “tal obrigação resulta de fatos posteriores, externos e independente de contrato” (GONÇALVES, 2007).

A função prática é a custódia, mas a marca do depósito é a disponibilidade. Conseqüência do interesse primário ser atribuído ao depositante é a devida restituição da coisa sem vinculação a qualquer termo, sempre que requerida. O prazo, se houver, é em benefício do credor. Assim é, também por decorrência do interesse primário ser do depositante, que no caso é o credor da obrigação de restituir.

Regulamentando as obrigações, mais precisamente ao dispor sobre o pagamento, reforça a idéia de ser dado o prazo em favor do devedor, ao determinar que tão-somente em alguns casos, portanto em *numerus clausus*, poderá haver a antecipação do vencimento, isto é, poderá ser cobrada pelo credor a dívida ainda não vencida, deixando clara a sua excepcionalidade. Ademais, o devedor da obrigação de restituir a coisa no contrato de depósito é o depositário, e apesar disso, o prazo não tende a seu favor, mas sim do depositante, que é o credor nessa relação jurídica. E isso porque o contrato de depósito é feito no interesse deste, permitindo que possa ele exigir a devolução pelo depositário da coisa submetida a custódia (QUEIROZ, 2004).

O art. 633 do CC traz algumas hipóteses em que a obrigação de restituir sofre exceções. O depositário está autorizado a não entregar a coisa nos seguintes casos: se tiver o direito de retenção, se o objeto for judicialmente embargado⁴, se sobre ele pender execução (notificada ao depositário) ou se houver motivo razoável de suspeitar que a coisa foi dolosamente obtida.

As duas espécies de depósito, mencionadas no Código Civil, o qual distingue e regula, em seções autônomas, são: o voluntário e o necessário. Este último subdivide-se em legal e miserável.

O depósito voluntário resulta de acordos de vontades (CC, art. 627 a 646), ou seja, é livremente ajustado pelas partes, segundo o princípio da autonomia da vontade. Sua característica principal, no entanto, é o consenso espontâneo. Não exige, para sua celebração forma especial, faz-se necessário, para prova de sua existência, o instrumento escrito, que assume, dessa maneira, a característica de formalidade *ad probationem tantum*.

Como exemplos típicos desse contrato têm-se os guarda-pertences comuns em teatro, os guarda-volumes nas estações ferroviárias, rodoviárias e metroviárias, os guarda-móveis: atendem todos ao desejo do depositante que quer ou precisa livrar-se, por assim dizer, da coisa, temporariamente, deixando-a sob a custódia de alguém, até que queira reclamá-la em restituição.

Uma análise que se deve observar é que sempre que alguém se separa de coisa sua, entregando-a a outrem, com um conseqüente desmembramento da posse, aquele que ficar com a posse direta da coisa é obrigado a conservá-la, como se sua fosse. Se assim não o fizer, responderá civilmente, ou seja, incorrerá na sanção civil. Aliás, tratar-se-á de benfeitoria necessária⁵. E, segundo o art. 96 do Código Civil, serão necessárias se forem feitas para que não se deteriore ou pereça a coisa. Se o direito gerou, por um lado, mecanismo de garantia para o ressarcimento de gastos previstos, como previsto no art. 643 do CC, dando a quem faz uma benfeitoria necessária o direito de retenção, especificamente pelo art. 644 do CCB, o qual reforça o art. 1.219 do mesmo Código, por outro, determinou que

⁴ Bem embargado é aquele que sofre arresto, seqüestro e outras medidas similares. Com o embargo, o depositário (por via contratual) passa a ser depositário judicial e o depositante perde a disponibilidade do bem, não podendo mais reclamá-lo.

⁵ Benfeitoria são as obras, ou despesas, que se fazem em móvel ou imóvel, de outrem para conservá-lo, melhorá-lo ou, simplesmente embelezá-lo (BEVILÁQUA apud QUEIROZ, 2004).

aquele que assim não agir, descuidando de coisa sob sua guarda, será responsabilizado civilmente pelo prejuízo que tiver o dono da coisa.

No caso do depósito, tal responsabilidade é mais grave já que não aceita ressalvas e estabelece que responderá o depositário até em caso de fortuito ou força maior, a menos que consiga prová-los, conforme art. 642 do CC. Apesar de tais excludentes, nesse contrato, cabe ao depositário prová-los, posto que, cogitar-se-á de sua responsabilização, com fulcro, como visto, em fundamento legal.

No que se trata do depósito necessário, mais uma de suas espécies, vale mencionar que resulta de determinação legal ou de fatos imprevisíveis e irremovíveis, portanto, independente da vontade das partes. Este depósito, caracterizado sempre pela urgência, visa atender uma obrigação legal ou impedir a ruína da coisa que é depositada, considerando as circunstâncias que a cercam. Dadas as situações em que o mesmo ocorre, não há como se escolher o depositário, não é exigido uma característica *intuitu personae*.

Para tal depósito não há presunção de gratuidade, como já mencionado, pois o que acontece, ao contrário, é a remuneração do depositário; e se for do tipo miserável, poderá ser provado por qualquer dos meios admitidos em direito conforme prescrição legal, art. 648, parágrafo único, do CC. Subdivide-se em *depósito legal*, quando for feito em desempenho de obrigação legal, por exemplo, em caso de dívida vencida, quando houver vários credores litigantes disputando a importância; *depósito miserável*, o que resulta de alguma calamidade como incêndio, naufrágio, inundação, etc. quando o depositante entrega o que conseguiu salvar à primeira pessoa que aceitar tal custódia; e *depósito do hoteleiro ou do hospedeiro*, este equiparado ao depósito necessário (art. 649 do CC). Nessas relações, entretanto, mais de um contrato se forma como prestações de serviços, locação de coisa, fornecimento de alimentos e depósito constituído de hospedagem. Como no depósito necessário, nesse último caso também não se presume gratuito e, na ocorrência de força maior, estará afastada a responsabilidade civil do depositário.

O hospedeiro responde pelas bagagens dos hóspedes, como depositário, arcando com os consectários de eventuais furtos realizados por seus empregados, dispensando-se a prova escrita do depósito. Salientando que essas responsabilidades não abrangem jóias e coisas vultosas, a menos que tenha o hospedeiro agido com culpa ou se o hóspede fizer depósito voluntário com a administração da hospedaria ou hotel, que lhe propicie fazer uso do cofre da casa

para tal destino. É depósito remunerado e o preço vem embutido no da hospedagem. Todavia, essa responsabilidade ainda pode ser afastada nos casos em que: houver convenção com o hóspede, logo não sendo suficientes simples declarações unilaterais; ficar provado que o prejuízo não poderia ser evitado e; exigir negligência do hóspede que, por exemplo, deixou aberta a porta de seus aposentos (QUEIROZ, 2004).

Por existir essa obrigação de devolver o bem é que surge a figura do depositário infiel, que é aquele que trai a confiança do depositante e torna-se inadimplente. O art. 652 do Código Civil diz que “seja voluntário ou necessário o depósito, o depositário, que o não restituir, quando exigido, será compelido a fazê-lo mediante prisão não excedente a 1 (um) ano, e a ressarcir os prejuízos”.

Essa cominação de prisão civil não existe nos contratos em geral. Aliás ela é vedada pela nossa atual Constituição, que a faculta, porém excepcionalmente, em dois casos: o de dívidas alimentícias e quando for o caso de infidelidade do depositário (art.5º, LXVII da CF).

Destarte, é evidente que, referente ao que foi exposto, o cerne de toda a polêmica eventual, dentro de uma relação contratual de depósito, é a peculiaridade consistente na possível cominação de prisão para um contratante que, faltando com o seu dever de corresponder à confiança nele depositada, se recusa a entregar a coisa de outrem que detém em seu poder, com a finalidade de custódia. A sanção é a prisão deste depositário infiel. Há posições entre doutrinadores no sentido de asseverar não ser tal prisão pena e sim meio coercitivo, visando pressionar o inadimplente o que, não prática, não altera, em muito seus efeitos.

Dessa forma, admite-se o uso de um mecanismo penal para cumprir o fim precípua do direito civil que seria a de reequilíbrio das partes integrantes de uma relação civil, com a cominação da prisão quer seja voluntário ou necessário o depósito, por um período não excedente a um ano, se o depositário não devolver a coisa quando a mesma lhe for reclamada pelo depositante, conforme a prescrição de lei civil, em consonância com a autorização da Carta Maior.

E quanto a esse entendimento, surge uma enorme problemática, qual seja, a possibilidade ou não do ordenamento pátrio usar um direito humano (a liberdade) como instrumento para proteger um direito patrimonial. Tal discussão será realizada nas seções seguintes.

1.3.3 Prisão Civil do Alienante Fiduciante (depositário por equiparação)

O interesse de inserir esse instituto logo após a abordagem sucinta do contrato de depósito está no fato de que, embora seja o mesmo um instrumento de garantia, sua equiparação pela lei ordinária, ao depósito fez com que, por muito tempo, houvesse vacilação em condenar-se à prisão, o fiduciante inadimplente que não restituísse a coisa alienada, na forma permitida em face do depositário infiel. Hoje já não é pacífica a jurisprudência no sentido de colher a prisão do devedor fiduciante. Neste será tecida suas considerações gerais, conceito e algumas peculiaridades para melhor entender, no decorrer do estudo, sua aproximação pelo direito ao instituto do contrato de depósito.

1.3.3.1 Da alienação fiduciária em garantia

Sua definição consiste em transferir um bem infungível ao mutuante⁶ que emprestou o dinheiro para a compra desse mesmo bem. Essa propriedade será resolúvel, posto que se extinguirá de forma automática quando do adimplemento das obrigações assumidas pelo devedor mutuário.

Esse instituto tem duas finalidades: a) propiciar às instituições financeiras garantia especial, com todos os meios processuais a ela inerentes, para a satisfação do crédito; b) conceder ao consumidor melhores condições para a aquisição de bens duráveis.

O art. 1.361, *caput*, do Código Civil conceitua a propriedade fiduciária nestes termos: “Considera-se fiduciária a propriedade resolúvel de coisa móvel infungível que o devedor, com escopo de garantia, transfere ao credor”. Trata-se de negócio jurídico de disposição condicional, mediante uma condição resolutiva, uma vez que a propriedade fiduciária cessa em favor do alienante, se verificado o implemento da condição resolutiva, não exige nova declaração de vontade do adquirente ou do

⁶ Ressalta-se que mútuo é o empréstimo de coisa fungível, podendo haver o consumo do bem emprestado, já o comodato tem como objeto uma coisa infungível, podendo haver unicamente o uso.

alienante, nem requer a realização de qualquer ato novo. O alienante que transferiu fiduciariamente a propriedade readquire-a pelo só pagamento da dívida.

A era contemporânea trouxe a complexidade da vida moderna, da qual houve a necessidade de suprir algumas deficiências com novos instrumentos de garantia, juntamente com os de cunho tradicional. Surge, então, a Lei de Mercado de Capitais (Lei nº 4.728, de 14 de julho de 1965, art. 66) introduzindo no ordenamento jurídico brasileiro a “alienação fiduciária em garantia”, com uma preocupação eminentemente econômica e de estímulo ao consumo e à produção. Inspirada na *fiducia cum creditore* do direito romano, pela qual o devedor transferia, por venda, bens seus ao credor, com a ressalva de recuperá-los se, dentro de certo tempo, ou sob dada condição, efetuasse o pagamento da dívida. O aludido direito conheceu também a *fiducia cum amico*, baseada na confiança e que permitia a uma pessoa acautelar seus bens contra determinados riscos, alienando-o a um amigo, com ressalva de lhe serem restituídos após passado o perigo (GONÇALVES, 2007).

Com a participação cada vez maior das financeiras nessa relação jurídica, surgiu a necessidade de se dar maior garantia a essas intermediárias. O art. 66 da lei foi modificado pelo já mencionado Decreto-Lei nº 911/69, que passou a regular tal instituto. O Novo Código Civil de 2002, disciplinou, em linhas gerais, sob a rubrica “Da propriedade fiduciária” (arts.1.361 a 1.368), atribuindo aplicação apenas aos dispositivos de ordem instrumental da referida legislação especial.

Este decreto criou também, em seu art. 1º, uma equiparação da alienação fiduciária ao depósito, possuindo o alienante fiduciante as mesmas responsabilidades e encargos aplicados ao depositário. Numa mesma direção, o art. 1.363 do Código Civil responsabiliza o devedor como depositário tanto no que diz respeito à guarda e diligência no trato da coisa como também com relação ao dever de entregá-la ao credor se não for paga a dívida.

Destarte, a legislação infraconstitucional equipara, dessa maneira, o devedor de um contrato de alienação fiduciária em garantia, cuja prisão civil não fora autorizada pelo Constituição Federal de 1988, ao depositário infiel, este sim sujeito à restrição de sua liberdade em função de inadimplemento contratual de suas obrigações. E tal interpretação começou a perder base a partir da vigência, na legislação pátria, dos tratados internacionais de direitos humanos, dos quais o Brasil é signatário, muito embora passando a ter fundamentação diversa e muito mais convincente, que será elucidado mais adiante.

CAPÍTULO 2 DIREITOS HUMANOS E GRADAÇÃO DOS TRATADOS INTERNACIONAIS NO ORDENAMENTO JURIDICO BRASILEIRO

Nesse segundo momento, serão abordadas considerações acerca dos direitos humanos e o conflito existente entre a Constituição Federal Brasileira e os Tratados Internacionais de Direitos Humanos dos quais o Brasil se fez signatário, fornecendo maiores elementos para entender a seara dos direitos humanos internacionais quanto ao seu tratamento no ordenamento jurídico brasileiro, chegando assim a nova pirâmide normativa do Direito concebida a partir de decisões da Suprema Corte, e advindo conseqüências a partir destas para a questão da prisão civil. De todo modo, será enfatizado ainda o princípio *pro homine*, visto que este, do ponto vista material, entende que todas as normas de direitos humanos se comunicam entre si, cabendo ao intérprete e aplicador do Direito preferir a que mais assegura o exercício do direito.

2.1 Direitos Humanos e Direitos Fundamentais: a proteção da pessoa humana

A proteção do que sejam direitos humanos, só pode ser feita através da análise de sua conceituação histórica. Estabelecem-se um marco as declarações inseridas em textos constitucionais a partir do século XVIII, pois através delas se procurou contemplar esses direitos com uma dimensão permanente e segura. A partir da Declaração dos Direitos do Homem adotada em 10 de dezembro de 1948 e aprovada com unanimidade por quarenta e oito Estados, representa o início da proteção universal de direitos tão inatos ao homem. As iniciativas globais foram mais longe do que um mero programa de intenções, instaurando-se um catálogo não só de direitos, mas de formas específicas para sua aplicação. Uma nova disciplina nasce com a finalidade precípua de proteger a pessoa humana e sua dignidade: O Direito Internacional dos Direitos Humanos. Trata-se de um direito de proteção, marcado por uma lógica própria, e voltado à salvaguarda dos direitos dos seres humanos e não dos Estados.

Ancorado no valor da pessoa humana como base, encontrou sua expressão jurídica nos direitos fundamentais do homem. Essa tutela, com ênfase primordial na pessoa, pronuncia-se Norberto Bobbio (2004):

Concepção individualista significa que antes vem o indivíduo, notem, o indivíduo isolado, que tem valor em si mesmo, e depois vem o Estado e não o contrário; que o Estado é feito pelo indivíduo e não o indivíduo pelo Estado; aliás, para citar o famoso artigo 2º, da Declaração de 89, a conservação dos direitos naturais e imprescritíveis do homem é 'o objeto de qualquer associação política.

Ainda acrescenta que o caminho da paz e da liberdade possivelmente passa pelo reconhecimento e pela proteção dos direitos do homem, a começar pelo direito à liberdade de culto e de consciência, sendo este o primeiro a ser proclamado durante as guerras religiosas que ensanguentaram a Europa durante um século, até os novos direitos, sobretudo o direito à privacidade e à tutela da própria imagem dos quais vão surgindo contra novas formas de opressão e de desumanização tornadas possíveis pelo vertiginoso crescimento do poder manipulador do homem sobre si mesmo e sobre a natureza.

Com o tempo, o princípio da dignidade humana tornou-se o epicentro do extenso catálogo de direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais que as Constituições e instrumentos internacionais oferecem solenemente aos indivíduos e às coletividades. Há uma indissociável vinculação entre a dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais, sendo aquela um dos postulados nos quais se assenta o direito constitucional contemporâneo.

Segundo a Declaração Universal da ONU, verifica-se que o elemento nuclear da noção de dignidade da pessoa humana continua a ser conduzida pela matriz kantiana, centrando-se na autonomia e no direito de autodeterminação de cada pessoa. Seu respeito implica em um complexo de direitos e deveres fundamentais, assegurando proteção contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, no caso, como as condições existenciais mínimas para uma vida saudável. A partir do marco da Declaração a transgressão desses direitos não poderia mais ser concebida como uma questão apenas de jurisdição doméstica do Estado, sobressaindo, ao contrário, sua relevância universal. A soberania estatal

deixou de se considerada como princípio absoluto, e os indivíduos passaram a apresentar ao lado dos Estados, o *status* de sujeito de direito internacional. Multiplicaram-se, ao longo dos últimos anos, os instrumentos internacionais relativos aos direitos do homem (SALET apud ARAÚJO, 2004, p.23).

O início dessa nova direção do campo de valores, no sentido de dar estabelecer normas de Direitos Humanos, dando-se novas garantias a velhos direitos e alçando a proteção dos direitos humanos à condição de tema global da humanidade, surge a partir da urgência da comunidade internacional em dar uma resposta aos horrores ocorridos na Segunda Guerra, mediante a ruptura ocasionada pela ação do Estado totalitário. Ruptura esta que fez alguns indivíduos perderem sua condição humana, pois viviam desprovidos de nacionalidade ou qualquer vínculo a um Estado nacional.

A Declaração Universal foi uma resposta a esses novos tempos, consubstanciando o direito a uma hospitalidade universal propugnada por Kant em sua paz perpétua, com o fito de impedir o surgimento de apátridas em larga escala. Esse processo de universalização permitiu a formação de um sistema normativo internacional de proteção aos direitos humanos, tanto no plano regional, sistema da Organização dos Estados Americanos (OEA), quanto no plano global, sistema da Organização das Nações Unidas (ONU), no qual o Brasil tem participado ativamente, iniciando a incorporação desses atos internacionais a partir da Constituição de 1988 (PIOVESAN, 1999).

Os instrumentos internacionais de proteção aos direitos humanos apresentam natureza subsidiária, uma vez que atuam como garantias adicionais de proteção após falharem os sistemas nacionais. A responsabilidade primária pela tutela dos direitos fundamentais continua no âmbito do Estado, mas não quer dizer que não pode ser transferida à comunidade internacional quando sua interferência se mostrar necessária para suprir omissões ou deficiências. Para a utilização desses instrumentos de caráter internacional no plano interno, é preciso proceder à sua recepção pelo ordenamento jurídico, o que não apresenta tamanha relevância nesse estudo. Todavia, o que se evidencia é a questão a qual se remete a uma velha discussão na doutrina e na jurisprudência acerca do *status* que assumem os Tratados Internacionais no nosso ordenamento após tal aprovação. É uma área em que a Constituição não possui normas claras sobre sua incorporação ou posição hierárquica, tendo esta lacuna sido suprida pela jurisprudência.

2.2 Da Crise da Legalidade ao Estado Constitucional de Direito

A subordinação dos poderes públicos unicamente ao que estava escrito na lei nunca foi realmente eficaz contra abusos de poder, havendo muitas vezes apenas limites formais, camuflando ofensas absurdas contra direitos tão inerentes ao homem. Essa ineficácia gerou a crise da legalidade.

O Estado de Direito, que é sinônimo de Estado da Legalidade, cedeu espaço, gradativamente, ao Estado Constitucional de Direito, cujo princípio basilar é o respeito à dignidade humana. Acima do mero legalismo está a proteção aos direitos humanos. Portanto, o bom aplicador do direito precisa não apenas conhecer as normas internas nacionais, mas obviamente deve compreender todo o âmbito de Direitos Humanos, que é constituído por normas constitucionais, internacionais e infraconstitucionais. Bem assim, não pode ignorar a hierarquia existente entre elas.

Foi com o surgimento do Estado Constitucional de Direito e a morte do positivismo legalista que os direitos humanos passaram a ser previstos em dimensão internacional, havendo necessidade da inclusão de todos na sociedade globalizada e “teoricamente” humanizada. Foi dessa necessidade que surgiram os Tratados Internacionais de Direitos Humanos e sua problemática acerca de seu valor hierárquico.

2.3 *Status* Normativo dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos

Desde a promulgação da Carta Magna de 1988, surgiram diversas teorias a discutir o *status* dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos. Toda a controvérsia é fruto do disposto no § 2º do art.5º, o qual afirma que os direitos e garantias expressos na Constituição não excluem outros decorrentes dos tratados internacionais que a República Federativa do Brasil seja parte. No que diz respeito às normas de direitos humanos, elas poderiam ingressar no ordenamento jurídico brasileiro ou como norma constitucional (art. 5º, §2º), ou como Emenda

Constitucional (EC nº45/04), ou como Direito supralegal (RE 466343-SP). A discussão doutrinária acerca do assunto pode ser sistematizada em quatro correntes principais (GOMES, 2008).

2.3.1 Teoria da Supraconstitucionalidade

O direito pós-guerra, marcado pela busca da proteção universal de direitos, buscou evitar que a dignidade humana ficasse novamente ao arbítrio de um Estado e sua soberania. Essa preocupação levou alguns doutrinadores a se firmarem no sentido da prevalência do direito internacional sobre o direito interno. Foi desse posicionamento que surgiu a teoria da supraconstitucionalidade dos tratados internacionais que versem sobre direitos humanos.

Celso de Albuquerque Mello (2001) é um dos defensores da supremacia dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos sobre as normas constitucionais. Este doutrinador cita Cançado Trindade (1996) lembrando que “ele, em magnífico trabalho, afirma que não se pode tratar de modo igual um acordo comercial sobre exportação de laranjas e um tratado de direitos humanos”.

Parte contrária a essa teoria afirma haver inadequação dessa tese à realidade dos Estados que, como o Brasil, regem-se pelo princípio da supremacia formal e material da Constituição. A supraconstitucionalidade dos tratados impediria até mesmo o controle de constitucionalidade desses textos normativos internacionais. À Constituição Brasileira de 1988 não se impôs o dever de declarar-se superior aos tratados, haja vista sua hierarquia está implícita em seus próprios preceitos quando, por exemplo, submete os diplomas internacionais ao processo legislativo constitucional.

Contra-argumentando ainda se afirma que os poderes públicos não estão menos submetidos à Constituição quando em suas relações internacionais. Os tratados internacionais devem estar em consonância com o procedimento formal previsto na CF/88; todavia, para poderem pertencer ao nosso ordenamento jurídico necessitam se adequar também à Constituição substancial, especialmente aos direitos e garantias fundamentais. Afirmar que os tratados estão acima da Constituição seria correr o risco de ampliações semânticas propositais e

inadequadas da expressão “direitos humanos” e isto serviria como “passagem livre para normas alienígenas absurdas”.

2.3.2 Teoria da Constitucionalidade

A Lei Maior, em seu famoso art. 5º enumerou, num rol exemplificativo, os direitos fundamentais do cidadão, porém também fez referência a outros direitos humanos decorrentes dos tratados internacionais dos quais fomos signatários. Essa cláusula aberta de recepção de direitos existenciais atribuiria aos respectivos diplomas internacionais valor de norma constitucional.

Para essa corrente, eventuais conflitos entre o tratado e a Constituição deveriam ser resolvidos pela regra interpretativa *pro homine*, segundo a qual prevalece a norma que melhor proteja a dignidade humana. Dessa tarefa hermenêutica estariam incumbidos os tribunais brasileiros e outros órgãos de aplicação do direito.

Cançado Trindade (1996), o homem que propôs à Assembléia Nacional Constituinte, em 1987, a inclusão do atual § 2º ao art. 5º da CF/88 é um ferrenho defensor dessa tese e assim expressa seu pensamento:

O propósito do disposto nos parágrafos 2 e 1 do artigo 5 da constituição não é outro que o de assegurar a aplicabilidade direta pelo Poder Judiciário nacional da normativa internacional de proteção, alçada a nível constitucional [...].

A doutrina mais autorizada, antes da reforma pela Emenda Constitucional nº45/04, atribuía aos tratados de direitos humanos *status* de norma constitucional em virtude da interpretação do §2º do art. 5º da Constituição Federal. Com base nesse dispositivo, os Tratados Internacionais de Direitos Humanos ratificados pelo Brasil tinha índole e nível constitucionais, além de aplicação imediata, não podendo ser revogadas por lei ordinária posterior.

Esse entendimento defende que a Constituição estabelece que os direitos e garantias nela elencados não excluem outros provimentos dos Tratados

Internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte, é porque ela própria está a autorizar que esses direitos humanos ratificados pelo Brasil se incluam no nosso ordenamento jurídico interno, ampliando, assim, o seu “bloco de constitucionalidade” (GOMES,2008).

Para os que são contrários a essa teoria, a Emenda Constitucional nº 45/2004 teria esvaziado a discussão, pois um de seus estandartes foi a incorporação do § 3º do art. 5º, com a seguinte disciplina: “Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais”. A reforma do Judiciário autoriza que eles tenham *status* de Emenda Constitucional, desde que seguido o procedimento contemplado no §3º do art. 5º da CF.

Os Tratados Internacionais de Direitos Humanos já ratificados pelo Brasil antes da emenda precisariam se adaptar ao novo processo legislativo para valerem como norma constitucional: eis mais um contra-argumento daqueles que vão de encontro a essa tese.

Para aqueles que saíram em defesa da hierarquia constitucional dos tratados a emenda ressaltou o caráter especial dos tratados de direitos humanos, que não precisariam se adaptar ao novo processo legislativo se já incorporados ao ordenamento jurídico brasileiro antes da emenda. O § 2º do art. 5º bastaria para lhes dá valor de norma constitucional.

2.3.3 Teoria da Supralegalidade

Os Tratados Internacionais sobre direitos humanos seriam infraconstitucionais, todavia diante de seu caráter especial em relação aos demais atos normativos internacionais, teriam um atributo a mais: a supralegalidade. Não poderiam afrontar a Constituição, mas também não poderiam receber o mesmo tratamento de um tratado sobre exportação de tomates, por exemplo. Por isso estariam acima das leis ordinárias.

Essa teoria foi sugerida no julgamento do Recurso Ordinário em *Habeas Corpus* (RHC) nº 79.785-RJ (anexo), pelo voto do Eminentíssimo Relator, Min. Sepúlveda

Pertence. Analisando o direito comparado, essa mesma classificação foi consagrada pela Constituição da Alemanha, que em seu art. 25 dispõe que: “As normas gerais de Direito Internacional Público constituem parte integrante do direito federal. Elas prevalecem sobre as leis e produzem diretamente direitos e deveres para os habitantes do território nacional”.

Na seara do Direito Tributário Brasileiro, qualquer tratado internacional do qual o Brasil seja signatário prevalece sobre o direito interno infraconstitucional. O texto legislativo que embasa essa afirmativa encontra-se no art. 98 e assim está disposto: “Os tratados e as convenções internacionais revogam ou modificam a legislação tributária interna, e serão observados pela que lhes sobrevenha”.

Outro argumento dos adeptos dessa tese é que nenhum país pode se exonerar dos compromissos assumidos no tratado apenas elaborando lei ordinária contrária, pois nesse caso haveria modificação unilateral acerca da matéria normatizada. Dessa forma, lei ordinária não poderia revogar texto de tratado incorporado ao nosso ordenamento.

A grande defesa dessa tese sustentada e a mais atual foi feita pelo Min. Gilmar Mendes no Recurso Extraordinário de nº 466.343-SP, que confirma que os tratados internacionais que versam sobre direitos humanos encontram-se em posição hierárquica peculiar no ordenamento jurídico: abaixo da Constituição Federal e acima de todas as leis. Também se filiam à essa tese, hoje majoritária, os Ministros Menezes Direito, Marco Aurélio, Ricardo Lewandowski e Cármen Lúcia. Maiores comentários acerca desse voto estarão nas seções seguintes.

2.3.3.1 Nova pirâmide jurídica

A decisão do Ministro Gilmar Mendes no RE 466.343-SP e outras decisões do Supremo Tribunal Federal (como o HC 90.172-SP e o HC 88.420-PR, em anexo) geraram o fim da hierarquia bipolar das normas, significando uma grande mudança em relação à jurisprudência clássica do próprio instituto. Essa antiga disposição hierárquica colocava as normas no patamar de lei ordinária (o Supremo considerava que havia paridade entre lei ordinária e tratado internacional, inclusive os de direitos humanos) ou, como última opção, como norma constitucional (GOMES, 2008).

A evidente mudança de posicionamento do Corte Suprema concedeu aos tratados internacionais de direitos humanos o valor de normas supralegais, o que torna inaplicável a legislação infraconstitucional com eles conflitantes, seja ela anterior ou posterior ao ato de ratificação, fazendo surgir um tipo de norma intermediária, que estaria entre a Constituição e as leis ordinárias. A antiga jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF) foi sabiamente abandonada e a pirâmide jurídica está sendo reformada.

O novo edifício formal do Direito, contemplado pelo STF compor-se-á de três andares: no menor patamar estaria a legalidade, no topo a Constituição, admitindo, destarte, aos tratados de direitos humanos a hipótese do nível constitucional delas, quando ratificados pelo Congresso Nacional de acordo com a EC nº45/04 (§ 3º do art. 5º da CF); e no andar do meio encontrar-se-á os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos a que o Brasil aderiu um *status* supralegal.

2.3.4 Teoria da Legalidade

Como quaisquer outros instrumentos convencionais de âmbito internacional, os tratados sobre direitos humanos seriam equivalentes às leis ordinárias, não sendo, pois, o caráter humanista capaz de lhe dar superioridade hierárquica quanto às leis ordinárias.

A Suprema Corte, em posicionamento clássico, adotou essa tese no julgamento do Recurso Extraordinário nº 80.004/SE, em 1977 (anexo). Nesse julgado ficou consignado que os conflitos entre uma disposição normativa de direito internacional e uma de direito interno (sendo ambas normas gerais) devem ser resolvidos pela regra destinada a solucionar antinomias normativas num mesmo grau hierárquico: lei posterior revoga lei anterior. Afirmou-se, pois, a paridade entre um tratado, seja qual for seu conteúdo, a uma lei ordinária.

Contra-argumentando essa jurisprudência, afirma-se que vivemos hoje num Estado Constitucional Cooperativo, com tendências a fazer prevalecer o direito comunitário sobre o interno. E essa abertura para o direito internacional encontra-se demonstrada nos seguintes artigos da Constituição de 1988:

Art.4º. A República Federativa do Brasil buscará a integração econômica, política, social e cultural dos povos da América Latina, visando à formação de uma comunidade latino-americana de nações.

Art. 5º. [...]

§ 2º. Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

§ 3º. Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.

Diante do exposto, seria um anacronismo considerar que os tratados sobre direitos humanos, os quais tiveram seu caráter especial corroborado pelo § 3º do art.5º da CF, possuíssem o mesmo valor de um tratado que verse sobre relações patrimoniais, por exemplo.

2.3.5 Princípio do *pro homine*

Todas as teorias vistas discutem o valor formal dos tratados, todavia para alguns doutrinadores os direitos humanos, por seu caráter especial, não devem ser objeto desse tipo de discussão, pois na sua aplicação não há que se falar em hierarquia, pois o que se deve observar é o conteúdo da norma, valendo aquela que mais tutele a vida, a liberdade, etc. A essa regra de preponderância dá-se o nome de princípio *pro homine*.

O princípio *pro homine* ainda encontra respaldo em dois outros elementares princípios do Direito Internacional: princípio da *boa-fé* e da interpretação teleológica. O primeiro dá garantia de que os tratados de direitos humanos são assumidos pelos Estados para que sejam cumpridos (*pacta sunt servanda*), ressaltado no art. 26 da Convenção de Viena. E o segundo complementa para a efetivação das normas desses tratados dentro da jurisdição interna, sendo respeitados para que cumpram seu objetivo e suas finalidades.

Segundo Luiz Flávio Gomes, em sua obra mais recente (2008), havendo conflito aparente de normas, sejam elas internas ou internacionais, deve ser aplicada a norma que: amplie o gozo de um direito, admita menos restrições ao seu exercício ou sujeite as restrições a um maior número de condições.

Os defensores desse princípio afirmam que a própria Constituição, em seu art. 5º, § 2º, criou esses vasos comunicantes entre todas as normas que disponham sobre direitos humanos, independentemente da sua hierarquia. Se o aspecto formal caracteriza o Direito como uma pirâmide, o material entende que todas as normas de direitos humanos entrelaçam-se e se comunicam umas com as outras, cabendo ao intérprete e aplicador do Direito preferir a que mais se adapta ao caso concreto. Ganhando, assim, singular relevância o princípio *pro homine* (GOMES, 2008).

Vale ressaltar, ainda de modo interpretativo desse princípio, que quando se trata de normas que asseguram um direito, prevalece a que mais se o amplia. Porém, quando, ao contrário, diante de limitações ao gozo de um direito, vale a norma que faz menos restrições, ou seja, aquela que assegura de modo mais eficaz e mais ampla o seu exercício.

Portanto, do ponto de vista material, não é o *status* ou posição hierárquica que se encontra a norma, mas, sim, o seu conteúdo cujo direito está assegurado. E como a própria Constituição manda “observar” outros direitos contemplados nos tratados internacionais (CF, art.5º, § 2º), não se pode deixar de considerar a regra interpretativa desse princípio, mesmo que, formalmente, o Direito Internacional dos Direitos Humanos seja reconhecido com *status* apenas supralegal, inferior à Constituição.

CAPÍTULO 3 POSIÇÃO DE VANGUARDA NOS TRIBUNAIS SUPERIORES PÁTRIOS

A Jurisprudência tem enfrentado corajosamente a celeuma da inconstitucionalidade da prisão civil do depositário infiel e, a despeito da posição do Supremo Tribunal Federal, acórdãos anteriores têm sido prolatados em consonância com a tese da constitucionalidade dos tratados internacionais de direitos humanos e opiniões doutrinárias isoladas têm sido apresentadas, deixando claro que não há mais base legal para a prisão civil do depositário infiel (Convenção Americana de Direitos Humanos, art.7º, § 7º e Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, art.11).

A análise dessa problemática que colide diretamente com nossa Carta Maior pretende analisar os últimos desdobramentos decorrentes de julgamentos da Suprema Corte que reconheceu o valor supralegal dos Tratados de Direitos Humanos já vigentes no Brasil, passando a ostentar uma posição intermediária entre a legislação comum brasileira, de um lado, e a Constituição de República de outro.

Para elucidar tal entendimento, faz-se necessário distinguir o entendimento clássico que equipara o devedor fiduciário ao depositário infiel; a possibilidade da prisão civil do depositário infiel típico, assim como também a prisão do depositário infiel judicial; e a recente discussão da Corte no julgamento do Recurso Extraordinário nº 466343/SP, que derrubou a possibilidade de prisão civil do devedor fiduciário, inclusive do depositário infiel típico.

3.1 A impossibilidade da prisão civil do devedor fiduciário (depositário por equiparação)

O texto constitucional da nossa Carta Maior autoriza a prisão do devedor de alimentos e do depositário infiel, em seu artigo 5º, inciso LXVII, expressamente quando diz que “não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e do depositário infiel”. No entanto, esta aparente clareza do texto torna duvidoso o alcance da

referida norma, como é o caso quando se analisa o papel do devedor fiduciário, ou seja, do devedor de um contrato de alienação fiduciária em garantia.

O Decreto-Lei nº 911/69, artigo 4º, estabelece normas processuais sobre a alienação fiduciária, afirmando que ao credor dessa espécie de contrato poderá requerer a conversão de eventual pedido de busca e apreensão do bem alienado em ação de depósito, na forma prevista no Código de Processo Civil (art. 904), o que deixa espaço para a possibilidade de prisão do devedor, na medida em que este passa a ser considerado como depositário infiel. A legislação ordinária, neste caso, equipara o devedor de um contrato de alienação fiduciária em garantia ao depositário infiel, este, somente, sujeito à restrição de sua liberdade em função de inadimplemento contratual de suas obrigações.

O Superior Tribunal de Justiça, ao fazer interpretação do dispositivo, entendeu que a Constituição Federal, ao permitir a prisão civil por dívida do depositário infiel, referiu-se apenas ao devedor do contrato de depósito, contrato típico, disciplinado pelo Código Civil, atualmente em seu artigo 627 e seguintes. Esta espécie contratual apresenta características como um contrato real, gratuito (embora as partes possam estipular em sentido contrário) e temporário. Dessa maneira, o depositário recebe um objeto móvel para guardar, até que o depositante o reclame. Ressalte-se que o depositário guarda o objeto consciente de que ele não o pertence, sem qualquer pretensão de permanecer com a posse definitiva do mesmo.

Em contrapartida, o contrato de alienação fiduciária em garantia possui disciplina especial, advinda da Lei nº 4.728/65 (Lei do Mercado de Capitais) e complementada pelo mencionado Decreto-Lei nº 911/69. Distingue claramente do contrato de depósito no que se refere ao adquirente, pois este embora não tenha a posse indireta do bem, jamais o guardará com a intenção de devolvê-lo assim que solicitado pelo alienante. Ao contrário, este não poderá reaver o bem, salvo inadimplemento contratual, o que não lhe dá poderes para tê-lo. Verifica-se, contudo, que a alienação fiduciária em garantia e o contrato de depósito possuem natureza diversa, não apresentando estreitas semelhanças entre ambos.

Diante da divergência elucidada, faz-se necessário perquirir se a Carta Magna quando possibilitou a prisão civil do depositário infiel, também autorizou a equiparação pelo legislador infraconstitucional de demais institutos à figura do depósito. Inclusive questionar se o constituinte autoriza a prisão não só do devedor de um contrato típico de depósito, nos termos estabelecidos pelo Código Civil, como

também o de devedores de outras modalidades contratuais equiparados ao depositário infiel.

O Superior Tribunal de Justiça entende, em incontestáveis acórdãos, a invalidade da prisão civil do depositário infiel no caso da alienação fiduciária, entendendo que se trata de depósito atípico (Resp 7.943/RS; Resp 2.320-RS, em anexo). Destarte, o pensamento do Supremo Corte sempre foi no sentido da sua admissibilidade afirmando sua recepção, tanto pela Constituição de 1988, como pela regra contida no Decreto-Lei nº 911/69.

Somente agora, um novo horizonte está sendo aberto nesse sentido e já é possível afirmar que estamos diante de uma modificação na orientação adotada pelo Supremo. Em julgamento no Plenário do RE 466.343-SP em 22 de novembro de 2006, no sentido da inconstitucionalidade da prisão civil do depositário infiel no caso da alienação fiduciária, o Relator, Ministro Cezar Peluso, afirmou que “entre os contratos de depósito e de alienação fiduciária em garantia não há afinidade, conexão teórica entre dois modelos jurídicos, que permita sua equiparação” adotando, assim, a tese acolhida pelo STJ de longa data.

Acrescentando, e sendo acompanhado pelos demais ministros Cármen Lúcia, Ricardo Lewandowski, Joaquim Barbosa, Carlos Britto, Marco Aurélio, o ministro Gilmar Mendes ainda aduziu que:

[...] a prisão civil do devedor-fiduciante viola o princípio da proporcionalidade, porque o ordenamento jurídico prevê outros meios processuais-executórios postos à disposição do credor-fiduciário para a garantia do crédito, bem como em razão de o DL 911/69, na linha do que já considerado pelo relator, ter instituído uma ficção jurídica ao equiparar o devedor-fiduciante ao depositário, em ofensa ao princípio da reserva legal proporcional [...] (cf. Informativo STF nº 449).

Dessa maneira, já ficava certificado maioria suficiente para afirmar que o STF, a partir de então, já não mais considerava constitucional a equiparação do contrato de alienação fiduciária em garantia ao contrato de depósito para fins de prisão do devedor. Deixando, assim, a prisão civil do devedor fiduciante de ser instrumento de reforço de garantia.

A prisão do alienante fiduciante é totalmente desnecessária. O credor dessa relação dispõe de outros meios menos gravosos para satisfazer seu crédito. Caso

haja inadimplência, o fiduciário poderá optar pelos seguintes meios: a) venda extrajudicial, se o devedor entregar o bem (§ 4º do art. 1º do Decreto-Lei nº 911/69); b) ação de busca e apreensão (art. 3º do Decreto-Lei nº 911/69); c) após a busca e apreensão, não sendo o bem encontrado ou não estando na posse do devedor, poderá o credor requerer a conversão do processo de busca e apreensão em ação de depósito (Art. 4º do Decreto-Lei nº 911/69); d) pode, ainda, haver a opção pelo ajuizamento de ação de execução (art.5º do Decreto-Lei nº 911/69).

Além de ser desnecessária, a prisão civil desse tipo de devedor também se revela contrária ao subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito, haja visto haver um total desequilíbrio entre a liberdade atingida e o direito de crédito protegido.

3.2 Considerações recentes sobre a prisão civil do depositário infiel típico e judicial

No presente estudo, foram delineados alguns posicionamentos referentes ao devedor fiduciário equiparado ao depositário infiel em face do Decreto-Lei nº 911/69. Neste momento será feita a elucidação a respeito da possibilidade, ou não, da prisão civil do devedor de um contrato de depósito típico, autorizada pela Constituição e prevista no Código de Processo Civil, acrescentando também a posição do depositário judicial.

O Código de Processo Civil, em seu artigo 904, parágrafo único determina que não sendo cumprido o mandado de restituição da coisa depositada, será decretada pelo juiz a prisão do depositário infiel. A problemática do aludido instituto ganhou novos debates em face da ratificação, pelo Brasil, do Pacto de São José da Costa Rica, no ano de 1992 (Decreto nº 678, de 06 de novembro de 1992). Em seu artigo 7º, § 7º, o referido tratado dispõe que: "Ninguém deve ser detido por dívidas. Este princípio não limita os mandados de autoridade judiciária competente expedidos em virtude de inadimplemento de obrigação alimentar".

Com o advento deste Pacto, o Supremo Tribunal Federal foi novamente provocado a se pronunciar acerca da possibilidade ou não de prisão civil por dívida, visto que se evidencia um confronto entre a mencionada norma convencional, que

só permite a prisão civil do devedor de alimentos, e o texto da Carta Magna, que excepciona também a prisão do depositário infiel, em seu art. 5º, inciso LXVII.

A esfera doutrinária a qual abrange Antônio Augusto Cançado Trindade, Celso Mello, Flávia Piovesan e Valério Mazzuoli, entre outros, passaram a defender a impossibilidade da prisão do depositário infiel argumentando que os Tratados Internacionais sobre Direitos Humanos possuiriam *status* de normas constitucionais, por força do § 2º do art. 5º da Constituição, que estabelece: “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

Nesse raciocínio, os Tratados Internacionais sobre Direitos Humanos ratificados pelo Brasil ingressam em nosso ordenamento jurídico não com força de lei ordinária, entendimento antes adotado pelo do STF, mas sim como norma constitucional, dotada de supremacia. Desta forma, o conflito entre o Decreto-Lei nº 911/69, recepcionado como lei ordinária, e o Decreto nº 628/92, com *status* de norma constitucional, deveria ser resolvido pelo critério hierárquico, prevalecendo este último, na medida em que se trata justamente de tratado internacional sobre direitos humanos. Fato que derroga, neste ponto, o dispositivo da Constituição de 1988, ampliando-se a proteção contra a prisão civil.

O STF, entendendo ainda a infraconstitucionalidade da norma internacional, acolheu o consolidado no julgamento do Hábeas Corpus nº 72.131-RJ (anexo), por maioria de sete votos contra quatro, pelo Ministro Moreira Alves, sustentando em sua tese que os tratados internacionais, independentemente da sua matéria, ingressam no ordenamento jurídico como leis ordinárias e o confronto entre o Decreto-Lei nº 911/6 e o Decreto nº 628/92, ambos com hierarquia de lei ordinária, aquele deveria prevalecer, pelo critério da especialidade, afastando-se, portanto, o critério cronológico, que daria prevalência ao Pacto de São José da Costa Rica. Afirmou também que é possível a equiparação da alienação fiduciária à ação de depósito, pois os tratados internacionais, mesmo aqueles que versam sobre direitos humanos, são atribuídos *status* de leis ordinárias.

Destarte, quando se trata de institutos conflitantes com normas de direitos fundamentais, sobretudo quando protegem a liberdade de ir e vir do indivíduo, é que surge a necessidade de se colocar vasos comunicantes que ampliem o conteúdo das normas de direitos fundamentais perfeitamente compatíveis com o texto da

Constituição, promovendo, portanto, uma adequada leitura de todo o ordenamento jurídico, em relação às normas protetivas dos direitos fundamentais. É o que acontece justamente com o Pacto de São José da Costa Rica, que amplia a proteção conferida ao devedor, admitindo sua prisão somente em caso de dívida alimentar. Desta forma, o tratado não contraria a Constituição, apenas amplia uma proteção por ela conferida.

Observando o posicionamento do Min. Moreira Alves, percebe-se que ocorre o inverso da premissa constitucional. Implica em afirmar que o art. 5º, LXVII da CF/88, destina-se a proteger não o devedor contra a prisão civil por dívida, mas sim o credor, contra o possível inadimplemento de obrigação contratual. Tal entendimento, no entanto, subverte a lógica dos direitos fundamentais, colocando um direito obrigacional acima da liberdade individual, atingindo absurdamente os princípios de direito fundamental.

Para justificar melhor a contraposição em relação ao acolhimento do STF, nesse último julgamento, necessário se faz apontar a historicidade como uma das características dos direitos fundamentais. Salet (2007) argumenta, nesse sentido, que esses direitos não foram constituídos aos seres humanos pela natureza, mas sim, reconhecidos como imprescindíveis por determinadas comunidades em determinado momento histórico, e com o fim de proteger o indivíduo em face do Estado. Certifica-se como inegável a eficácia horizontal dos direitos fundamentais, quando de trata de sua aplicação nas relações travadas entre particulares, mas é preciso reconhecer que, nestes casos, somente se justifica a sua utilização como mecanismo de proteção da parte mais fraca da relação, o que não se observa nas relações indivíduo-Estado, posto que, é flagrante esta submissão.

No caso específico da prisão civil, o direito fundamental protegido é, à toda evidência, a liberdade do cidadão, no intuito de protegê-lo em face do Estado, único autorizado a restringir a sua liberdade de locomoção. Como um direito fundamental, somente seria admissível a sua aplicação a relações privadas como justificativa de proteger a parte mais fraca da relação. A defesa do referido Min. Moreira Alves, de forma contrária, deixa a crer que a norma constitucional tende a proteger o credor contra o inadimplemento do devedor, ou seja, faria uso de um direito fundamental a uma relação entre particulares para proteger o mais forte da relação na garantia do recebimento do seu crédito.

Entretanto, foi com muita inteligência que o STF superou esse precedente, acolhendo a tese sustentada pelo Ministro Gilmar Mendes, no julgamento do Recurso Extraordinário nº 466.343-SP, impossibilitando a prisão civil de qualquer espécie. A princípio, o voto do Relator, Ministro Cezar Peluso, considerou inconstitucional a prisão do depositário infiel “por equiparação”, não adentrando ao exame da posição hierárquica ocupada pelo Pacto de São José da Costa Rica no ordenamento jurídico brasileiro. Consequentemente ficou mantida a orientação anterior do STF a considerar a prisão do depositário infiel “legítimo” possível, conforme posicionamento do Ministro Moreira Alves.

Foi o voto-vista proferido pelo Ministro Gilmar Mendes que reiniciou a discussão em relação à posição dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos no ordenamento jurídico brasileiro, salienta, inclusive, que a Emenda Constitucional nº 45/2004, ao introduzir a possibilidade de aprovação de tais tratados por quórum qualificado, do qual apresentou forma idêntica para a aprovação de emendas constitucionais, hipótese em que adquirirão força de normas constitucionais (cf. Art. 5º, § 3º da CF), por um lado, esvaziou a tese que defendia justamente, com base no § 2º, do art. 5º, que tais tratado já admitiam este *status*. Mas, por outro lado, “a reforma também acabou por ressaltar o caráter especial dos tratados de direitos humanos em relação aos demais tratados de reciprocidade entre os Estados pactuantes, conferindo-lhes lugar privilegiado no ordenamento jurídico” (STF, RE 466.343, voto-vista do Min. Gilmar Mendes).

Este lugar privilegiado o qual o ministro se refere, implica a revisão do entendimento acerca da posição hierárquica dos tratados internacionais de direitos humanos no ordenamento jurídico brasileiro. Em vez de equipará-los às leis ordinárias, como faz tradicionalmente o STF, ou às emendas constitucionais, como pretendia parte da doutrina, Gilmar Mendes entende que esses tratados possuem força supralegal, ou seja, que se encontram abaixo da Constituição, porém acima das leis ordinárias. De acordo com a sua posição, a:

[...] internalização no ordenamento jurídico, por meio do procedimento de ratificação previsto na Constituição, tem o condão de paralisar a eficácia jurídica de toda e qualquer disciplina normativa infraconstitucional com ela conflitante.

Prevalecendo a tese defendida pelo ministro, será impossível a prisão do depositário infiel por equiparação (como defendido pelo Relator, Min. Peluso), bem como a do depositário infiel típico, pois o Pacto de São José será considerado hierarquicamente superior ao Código de Processo Civil, que autoriza tal prisão.

O voto seguinte, defendido pelo Ministro Celso de Mello, foi ainda mais além. Reformulando seu próprio posicionamento anterior, o mais antigo integrante do STF afirmou estar convencido de que os parágrafos 2º e 3º do artigo 5º da Constituição conferem hierarquia constitucional aos tratados internacionais sobre direitos humanos, sem necessidade de submissão dos atos anteriores à Emenda Constitucional nº 45/2004 à votação pelo quorum estabelecido pelo já referido § 3º do art. 5º, justamente o acrescentado pela Emenda. Em suas palavras:

É preciso ressaltar, no entanto, como precedentemente já enfatizado, as convenções internacionais de direitos humanos celebradas antes do advento da EC nº 45/2004, pois, quanto a elas, incide o § 2º do art. 5º da Constituição, que lhes confere natureza materialmente constitucional, promovendo sua integração e fazendo com que se subsumam à noção mesma de bloco de constitucionalidade.

Também há de se tecer considerações acerca da prisão civil do depositário judicial.

O ministro Gilmar Mendes, relator no Supremo Tribunal Federal do HC 90.172-SP, em 5 de junho de 2007, deferiu liminar requerida pela defesa de paciente que havia sido preso como depositário infiel de 87.500 quilos de aço galvanizado. A decisão do ministro foi para assegurar a ele o direito de permanecer em liberdade enquanto julgamento do indigitado RE 466.343-SP, levando em consideração a “plausibilidade da orientação que estava a se firmar perante o Plenário desta Corte, a qual já contava com sete votos (cf. informativos 449 e 450 em anexo) e acenavam “para a possibilidade do reconhecimento da inconstitucionalidade da prisão civil do alienante fiduciário e do depositário infiel”.

Efetuada decisão para deferir liminar, o ministro não fez a aplicação do disposto na Súmula 691/STF, *in verbis*: “Não compete ao Supremo de HC impetrado contra decisão de relator que, em *habeas corpus* referido em tribunal superior,

indefere liminar”. Dessa forma, não seguiu os precedentes da Corte, a qual não admite o abrandamento da súmula quando (i) seja premente a necessidade de concessão do provimento cautelar para evitar flagrante constrangimento legal; (ii) a negativa de concessão da liminar pelo tribunal superior importe a caracterização ou manutenção de situação que seja contrária à jurisprudência do STF.

Destarte, vale ressaltar o seguinte equívoco. Mostra a orientação que na época já possuía sete votos (RE 466.343-SP) perante o STF de defesa do relator, Min. Cesar Peluzo, a inadmissibilidade da prisão do devedor fiduciário equiparado ao depositário infiel conforme previsto no Decreto-Lei 911/69, de maneira que não houve qualquer menção à impossibilidade de prisão do depositário infiel típico. Esta fora defendida somente na tese do ministro Gilmar Mendes, até então, não manifestada por nenhum outro ministro, no qual coloca o Pacto de São José da Costa Rica acima da legislação ordinária, não havendo mais base legal, portanto, a prisão de qualquer espécie de depositário infiel, seja ele típico ou por equiparação. Não obstante, a ordem de *habeas corpus* foi deferida pela unanimidade dos membros da 2ª Turma do STF, o que já indicava naquela época uma boa aceitação da tese desenvolvida por Gilmar Mendes naquela Corte.

Apesar de a tese formulada inviabilizar a prisão de qualquer espécie de depositário infiel, ressalta-se o seguinte fato de que a 1ª Turma do STF, a partir do julgamento do RHC nº 90.759-MG (anexo), decidiu permanecer possível a prisão de um depositário infiel que se tornara devedor não por disposição contratual, mas sim por determinação judicial (CC, arts. 647 e seguintes). Na mesma linha de raciocínio, encontrava-se o HC 90.172-SP, o qual também não tenha sido levado em consideração.

Neste segundo caso, aquele órgão fracionário do STF julgou necessário fazer a distinção entre o depósito judicial e o depósito convencional. O relator, Min. Ricardo Lewandowski (STF, RHC nº 90.759-MG), afirma que, no primeiro caso, por se tratar de depósito necessário, mesmo que o STF venha a adotar a posição já prevalecente no RE 466.343-SP, a prisão civil permaneceria possível. Em seu voto esclarece que, “O depósito judicial, enquanto obrigação legal e que, nesses termos, estabelece relação típica de direito público e de caráter processual entre o juízo da execução e o depositário judicial dos bens penhorados, permite a prisão civil”.

Em sequências dos debates, seguindo o entendimento do voto do ministro Relator, o Ministro Marco Aurélio reafirmou sua posição de que após a ratificação do

Pacto de São José da Costa Rica a prisão civil do depositário infiel não tem mais lugar no nosso ordenamento jurídico. No entanto, a Ministra Cármen Lúcia acompanhou o relator do caso, afirmando ser possível a prisão civil do depositário necessário apenas, elucidando que:

O caso dele tem um diferencial por ser um depósito judicial, porque, quanto aos outros, realmente eu acompanharia o Ministro Marco Aurélio. Mas aqui a única coisa que me toma com um cuidado especial é a circunstância de ser um depósito determinado judicialmente. Então, a relação muda em referência a qualquer outro tipo de depósito que possa ser considerado e até de depósito que pudesse ser submetido. (STF, RHC nº 90.759-MG, voto da min. Cármen Lúcia).

Ao HC 92.514-RS (anexo) foi aplicado o mesmo entendimento, também da lavra da 1ª Turma. Destarte, ocorre que o plenário do STF não referendou a distinção feita entre depósito necessário e depósito convencional. Isto se deu na análise de Questão de Ordem levantada no HC 94.307-RS (anexo), quando o Plenário do STF deferiu o pedido de liberação cautelar formulado, alegando a existência de vários votos favoráveis à tese da paciente no julgamento do RE 466.343 (STF, HC-QO 94.307-RS). É de se observar que os Ministros Ricardo Lewandowski e Cármen Lúcia, defensores de tal distinção para a possibilidade da prisão, não estavam presentes à sessão. Nada obstante, os seis Ministros que participaram do julgamento votaram pelo deferimento da ordem, nos termos propostos pelo Relator, Ministro Cezar Peluso.

Dessa forma, foi dada mais ênfase à tese do Ministro Gilmar Mendes juntamente com o voto do Ministro Celso de Mello, acarretando a impossibilidade de prisão de qualquer espécie de depositário infiel. E, em dezembro de 2008, foi confirmada quando concluídos os julgamentos do RE 466.343, do HC 87.585 e do RE 349.703 (todos noticiados no Informativo STF nº 531 em anexo). Já não há nenhuma pertinência jurídica a decretação de qualquer de prisão civil no caso de depositário infiel.

3.3 Aplicação do Princípio *Pro Homine*

Em matéria de direitos humanos quando os Tratados Internacionais de Direitos Humanos conflitam com a Constituição Brasileira, caso em que se enquadra a questão da prisão civil do depositário infiel, a solução não pode ser buscada no princípio da hierarquia, visto que esta não se aplica, mas, sim, o princípio *pro homine*, em que sempre prepondera a norma mais favorável ao ser humano. Não importa a hierarquia da norma, sim, o seu conteúdo, prevalecendo a mais favorável. Nesse sentido, não há revogação da norma constitucional conflitante com o tratado, pois todas continuam vigentes. Porém, será aplicada a mais favorável ao caso concreto.

No que tange à validade da lei, esta será sempre a mais ampla, por força do referido princípio. Leis ordinárias em conflito com o tratado internacional serão inválidas, como por exemplo, seriam todas as leis que cuidam da prisão do depositário infiel no Brasil as quais perderam sua validade após aprovação do Pacto de São José da Costa Rica pelo Brasil em 1992. Em caso de lei posterior, esta também não terá validade.

Quando se refere ao desaparecimento da presunção geral de validade da lei vigente, como um dos requisitos atrelados à posição crítica da ciência jurídica, explica que a lei não deve ser presumida válida, ao contrário, todas devem se submeter ao crivo do judiciário no que se relaciona a sua compatibilidade vertical no direito supralegal. Doravante o jurista deverá conhecer com razoável intimidade tanto a constituição, no que tange ao Estado constitucional de Direito, bem como os tratados de direitos humanos, precisamente o Estado constitucional internacionalista (FERRAJOLI apud GOMES, 2008, p.124),

A ciência jurídica do século XX foi exageradamente positivista e legalista. Concordava com o mínimo crítico de Direito vigente. Não lhe preocupava tanto a demonstração das incoerências e lacunas do ordenamento jurídico. É justamente a mudança de paradigma que se tem agora com o Estado Constitucional de Direito que resplandece o papel crítico e/ou prospectivo da cultura jurídica. Seu papel é crítico em relação às antinomias e crítico no que concerne às lacunas, especialmente as vinculadas com os direitos sociais e individuais.

Para que a ciência jurídica cumpra seu papel crítico/prospectivo cabe-lhe, antes de tudo, conhecer os três níveis normativos do Estado Constitucional de

Direito: constitucional, internacional e ordinário. É com base nesta premissa que o STF está solucionando a questão da prisão civil do depositário infiel.

Como se pode observar, o Direito não se confunde com a lei. Ele começa com o constituinte e termina com a jurisprudência dos tribunais, tanto nacionais e internacionais. A lei é uma fonte imediata, todavia, passível de validade, pois tudo depende da sua compatibilidade com as normas superiores (internacionais e constitucionais).

E hoje qualquer jurista no Brasil não pode ignorar a histórica decisão contemplada pelo STF em 3 de dezembro de 08. Em palavras de Luiz Flávio Gomes, acrescenta:

[...] essa data tornou-se muito importante para nós. Não só porque acabou com a prisão civil do depositário infiel, senão, sobretudo, porque inaugurou um novo modelo de Estado, de Direito e de Justiça: o constitucional internacionalista. Isso implica que o juiz já não pode se contentar em conhecer apenas as leis e os códigos. Esse modelo de juiz (legalista positivista) está morto. Será cada vez mais reconhecido como jurássico (ou dinossáurico). O que se lamenta (em pleno século XXI) é que ele está morto, mas não foi (ainda) sepultado! [...]

Como evidencia, tanto os juristas como os acadêmicos da ciência jurídica e futuros aplicadores do Direito, têm o dever de extirpar do nosso mundo jurídico o papel do juiz legalista. O STF fez a parte dele, evidenciou as novas interpretações quanto aos institutos mencionados durante todo esse estudo. Todos os demais operadores jurídicos, agora, devem fazer a sua, em prol da humanidade.

Do ponto de vista humanitário, a jurisprudência é sensível à desumana situação dos indivíduos condenados à prisão. As normas existentes em nossa legislação penal tem-se atenuado e até mesmo evitado tal condenação. Dessa forma, tamanha será a razão de não cercear a liberdade daqueles os quais, no âmbito do direito civil, são sancionados em virtude do patrimônio do outro. Deve-se priorizar a justiça, meta última do Direito, e o equilíbrio da sociedade. As normas de direito privado não se prestam simplesmente a punir, mas propõem-se a buscar o reequilíbrio das relações jurídicas.

É a partir dessa atenção maior que se devem observar quais normas de direito privado que deverão incidir para resguardar a proteção de um interesse

individual e patrimonial, o que não justifica suficientemente o acolhimento da prisão civil. Independentemente da natureza jurídica dessa prisão, o que se põe em xeque é a tutela de um direito da personalidade de primeira categoria: a liberdade do devedor em face do cumprimento de obrigação patrimonial. O que transforma um direito fundamental do cidadão em mero instrumento de garantia.

No caso do devedor fiduciário, entende-se que há inegavelmente a ampliação das garantias do credor com o fim de proteger interesses patrimoniais particulares e, entretanto, só faz carecer o inevitável gasto acarretado do dinheiro da população, haja vista que o Erário terá que despender haveres públicos para a subsistência do preso, devedor inadimplente, lembrando que tudo parte de um interesse particular, quando poderiam tais verbas receber aplicação muito mais adequada com a realidade vivenciada pela grande massa de marginalizados do país que sequer tem o que comer, já que não consegue nem mesmo trabalho digno que lhe permita a sobrevivência.

A posição da Corte Suprema, ao considerar a supralegalidade do Direito Internacional dos Direitos Humanos, indiscutivelmente, representou um avanço extraordinário, porém ainda se mostra extremamente formalista. O melhor caminho para se admitir que não devamos mais impor nenhuma prisão civil contra o depositário infiel reside na aplicação do princípio *pro homine*. Por força desse princípio, em matéria de direitos humanos devemos fazer incidir sempre a norma mais favorável a qual amplie seu direito, sua liberdade ou sua garantia. No caso da prisão civil, a norma mais favorável, é sem dúvida, o art. 7º, § 7 da Convenção Americana de Direitos Humanos combinado com o art. 11 do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos.

Com base no princípio *pro homine*, resulta patente que não subsiste no Direito Brasileiro nenhuma hipótese de prisão civil relacionada com o depositário infiel, seja o caso de alienação fiduciária, seja qualquer outra situação de depositário infiel. Toda legislação ordinária nesse sentido tem compatibilidade só com a Constituição Federal, mas conflita abertamente com os dois últimos institutos. A rigor, a previsão da prisão civil de depositário na Carta Maior (art. 5º, inc. LXVII) seria inconstitucional por não ser razoável. Viola o princípio da proporcionalidade ou razoabilidade. Há regras constitucionais inconstitucionais (BACHOF, 2001). No caso de alimentos, bens jurídicos muito relevantes, acham-se por detrás da prisão, vida, integridade física, desenvolvimento da personalidade da pessoa (quando menor),

etc. esses bens jurídicos justificam a privação da liberdade. É inadmissível uma dívida civil com o depositário infiel.

O princípio da proporcionalidade como proibição de excesso possui tríplice acepção: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. O subprincípio da adequação exige que os meios sejam aptos a atingir os fins pretendidos; o subprincípio da necessidade impõe que uma medida só seja utilizada se o objetivo almejado não puder ser alcançado com a adoção de uma outra medida também adequada, porém menos gravosa. O último significado do princípio da proporcionalidade consiste no equilíbrio entre o significado da intervenção para o atingido e os objetivos perseguidos pelo legislador. E como bem se observa, já seria mais do que suficiente para impelir a decretação de qualquer tipo de prisão relacionada com o depositário infiel, nesse sentido como se mostra defendido o voto do Min. Gilmar Mendes no Recurso Extraordinário nº 466.343-SP, se ele não fosse suficiente, chegar-se-ia à mesma conclusão com a aplicação do princípio *pro homine*.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A referente pesquisa ampliou a compreensão sobre prisão civil e direitos humanos e possibilitou elucidar que essa modalidade de coerção executiva está mais que defasada e é totalmente discrepante do ordenamento jurídico atual que preza acima de tudo a dignidade humana.

Todas as teses que abordaram o valor dos tratados de direitos humanos, exceto a teoria da legalidade, são plausíveis. Na prática, tanto a tese da supraconstitucionalidade, da constitucionalidade e da supralegalidade, ao serem aplicadas, não permitiriam a prisão do depositário infiel e tampouco do alienante fiduciante; as três evitariam que a liberdade de um indivíduo fosse cerceada em virtude de uma dívida.

Todas as opiniões doutrinárias foram sistematizadas de maneira a possibilitar um conhecimento globalizado acerca do assunto e dessa forma conseguir despertar no leitor, seja ele estudante ou profissional da área jurídica, um maior questionamento sobre a aplicabilidade de uma medida tão defasada como é a prisão civil do depositário.

A pesquisa realizada através da doutrina e da jurisprudência, bem como a exegético-jurídica e sites jurídicos nacionais deu base suficiente para desenvolver esse trabalho, pois nossos doutrinadores e estudiosos do Direito não se deixaram convencer por certos tribunais que, apegados à antiga pirâmide jurídica, tomam decisões altamente retrógradas.

Uma questão existencial, sob a ótica constitucional, jamais poderá se curvar diante de um direito patrimonial. Esse é num caminho de evolução, mas é preciso pôr fim, definitivamente, na prisão civil do depositário infiel e equiparados, pois trata-se de uma medida que afronta claramente o princípio constitucional e internacional da proteção humana.

O avanço normativo brasileiro na área do Direito Internacional dos Direitos Humanos foi notável. Ademais ainda há muito a se fazer, especialmente no que se refere à sua consolidação normativa no direito interno brasileiro. O “dever ser” ainda está distante do “ser”, pois necessita de sua efetivação por parte dos aplicadores da lei, o juiz, que deve utilizar dos instrumentos jurídicos para dar o melhor juízo de valor. De textos constitucionais e internacionais, todos amparam os direitos

humanos e por esse caminho não se mostrará positivista-legalista, nem tampouco fugirá do ordenamento jurídico. Poderá sim, desse modo, conferir maior segurança jurídica.

REFERÊNCIAS

BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. São Paulo: Campus, 2004.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito das Obrigações*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2007.

GOMES, Luiz Flávio. *Estado Constitucional de Direito e a Nova Pirâmide Jurídica*. São Paulo: Premier Máxima, 2008.

LOTUFO, Renan (Coord.). *Direito Civil Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2002.

RODRIGUES, Sílvio. *Dos Contratos e das Declarações Unilaterais de Vontade*. 28 ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

RODRIGUES, Sílvio. *Direito das Coisas*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002

Brasil. Supremo Tribunal Federal. RE 466.343.-1- São Paulo. Recorrente: Banco Bradesco S/A. Recorrido: Luciano Cardoso Santos. Rel. Min. Cezar Peluso. Brasília, 22 de novembro de 2006.

FUX, Luiz. *Curso de Direito Processual Civil*. 2. ed Rio de Janeiro: Forense, 2004.

PIOVESAN, Flavia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 2. ed. São Paulo: Limonad, 1997.

AZEVEDO, Álvares Villaça. *Prisão Civil por Dívidas*. 2. ed. São Paulo: RT, 2000.

MELLO, Celso de Albuquerque. O § 2º do art. 5º da Constituição Federal. In: TORRES, Ricardo Logo (org.). *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. Vol. 3, 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

VENOSA, Sívio de Salvo. *Direito Civil*. Vol. 3. São Paulo: Atlas, 2007.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de Processo Civil*. Vol. 3, 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

ARAUJO, Nadia de. *Direito Internacional Privado*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Curso de Direito Internacional Público*. 12. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

CARLOS, Roberto Gonçalves. *Direito Civil Brasileiro*. Vol. 4, 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003.

QUEIROZ, Odete Novais Carneiro. *Prisão Civil e os Direitos Humanos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 7ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 7943-RS. DJ 10.06.1991.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 2320-RS. DJ 02.09.1991.

_____. Superior Tribunal Federal. RHC 90759. DJ 26-10-2007.

_____. Supremo Tribunal Federal. HC 94307-RS. DIVULG 07-05-2009 PUBLIC 08-05-2009.

_____. Supremo Tribunal Federal. HC 90172-SP. DJ 17-08-2007.

_____. Supremo Tribunal Federal. HC 72131-RJ. DJ 01-08-2003.

_____. Supremo Tribunal Federal. RE 80004. DJ 29-12-1977.

_____. Supremo Tribunal Federal. RHC 79785. DJ 23-05-2003.

_____. Supremo Tribunal Federal. HC 88420. DJ 08-06-2007.

(Ainda) a prisão civil do depositário infiel. Disponível em:
<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10857>. Acesso em 15/04/2009.

A incorporação dos tratados internacionais no Direito interno brasileiro. Disponível em: <http://franciscofalconi.wordpress.com/2008/07/27/a-incorporacao-dos-tratados-internacionais-no-direito-interno-brasileiro/>. Acesso em: 12/02/2009.

A prisão civil do depositário infiel na visão do Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=1979>. Acesso em 23/03/2009.

Fim da prisão civil do depositário infiel. Disponível em:
<http://juridicoonline.blogspot.com/2009/02/fim-da-prisao-civil-do-depositario.html>.
Acesso em 23/03/2009.

Notícias STF. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/geral/verImpressao.asp?>
Acesso em 12/02/2009.

Notícias STF. Disponível em:
<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=100258>. Acesso em 12/02/2009.

Prisão civil do depositário infiel: impossibilidade. Disponível em:
<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=11148>. Acesso em 23/03/2009.

ANEXOS

ANEXO A - Jurisprudência do STF

EMENTA: PRISÃO CIVIL. Inadmissibilidade. Depósito judicial. Depositário infiel. Infidelidade. Ilicitude reconhecida pelo Plenário, que cancelou a súmula 619 (REs nº 349.703 e nº 466.343, e HCs nº 87.585 e nº 92.566). Constrangimento ilegal tipificado. HC concedido de ofício. É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito.

(HC 94307, Relator(a): Min. CEZAR PELUSO, Tribunal Pleno, julgado em 19/02/2009, DJe-084 DIVULG 07-05-2009 PUBLIC 08-05-2009 EMENT VOL-02359-03 PP-00520)

EMENTA: PRISÃO CIVIL. DEPOSITÁRIO JUDICIAL INFIEL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. ART. 668 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. FALTA DE PRONUNCIAMENTO DOS MINISTROS INTEGRANTES DA TURMA SOBRE MATÉRIA APRECIADA PELO MINISTRO RELATOR. DESNECESSIDADE. OMISSÃO. INOCORRÊNCIA. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO REJEITADOS. I - É desnecessária a manifestação expressa dos membros da Turma julgadora sobre todos os aspectos suscitados pela parte e apreciados pelo Ministro Relator. II - Embargos de declaração em que se pretende reapreciação do julgado. III - Embargos de declaração rejeitados.

(RHC 90759 ED, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Primeira Turma, julgado em 09/10/2007, DJe-131 DIVULG 25-10-2007 PUBLIC 26-10-2007 DJ 26-10-2007 PP-00062 EMENT VOL-02295-05 PP-00883 LEXSTF v. 29, n. 346, 2007, p. 461-466)

EMENTA: Habeas Corpus. 1. No caso concreto foi ajuizada ação de execução sob o nº 612/2000 perante a 3ª Vara Cível de Santa Bárbara D'Oeste/SP em face do paciente. A credora requereu a entrega total dos bens sob pena de prisão. 2. A defesa alega a existência de constrangimento ilegal em face da iminência de expedição de mandado de prisão em desfavor do paciente. Ademais, a inicial sustenta a ilegitimidade constitucional da prisão civil por dívida. 3. Reiterados alguns dos argumentos expendidos em meu voto, proferido em sessão do Plenário de 22.11.2006, no RE nº 466.343/SP: a legitimidade da prisão civil do depositário infiel, ressalvada a hipótese excepcional do devedor de alimentos, está em plena discussão no Plenário deste Supremo Tribunal Federal. No julgamento do RE nº 466.343/SP, Rel. Min. Cezar Peluso, que se iniciou na sessão de 22.11.2006, esta Corte, por maioria que já conta com sete votos, acenou para a possibilidade do reconhecimento da inconstitucionalidade da prisão civil do alienante fiduciário e do depositário infiel. 4. Superação da Súmula nº 691/STF em face da configuração de patente constrangimento ilegal, com deferimento do pedido de medida liminar, em ordem a assegurar, ao paciente, o direito de permanecer em liberdade até a apreciação do mérito do HC nº 68.584/SP pelo Superior Tribunal de Justiça. 5. Considerada a plausibilidade da orientação que está a se firmar perante o Plenário deste STF - a qual já conta com 7 votos - ordem deferida para que sejam mantidos os efeitos da medida liminar.

(HC 90172, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 05/06/2007, DJe-082 DIVULG 16-08-2007 PUBLIC 17-08-2007 DJ 17-08-2007 PP-00091 EMENT VOL-02285-04 PP-00672 RDDP n. 55, 2007, p. 168-173 LEXSTF v. 29, n. 346, 2007, p. 423-436)

EMENTA: HABEAS CORPUS. PROCESSO PENAL. SENTENÇA CONDENATÓRIA. RECURSO DE APELAÇÃO. PROCESSAMENTO. POSSIBILIDADE. DESNECESSIDADE DE RECOLHIMENTO DO RÉU À PRISÃO. DECRETO DE CUSTÓDIA CAUTELAR NÃO PREJUDICADO. PRISÃO PREVENTIVA SUBSISTENTE ENQUANTO PERDURAREM OS MOTIVOS QUE A MOTIVARAM. ORDEM CONCEDIDA I - Independe do recolhimento à prisão o regular processamento de recurso de apelação do condenado. II - O decreto de prisão preventiva, porém, pode subsistir enquanto perdurarem os motivos que justificaram a sua decretação. III - A garantia do devido processo legal engloba o direito ao duplo grau de jurisdição, sobrepondo-se à exigência prevista no art. 594 do CPP. IV - O acesso à instância recursal superior consubstancia direito que se encontra incorporado ao sistema pátrio de direitos e garantias fundamentais. V - Ainda que não se empreste dignidade constitucional ao duplo grau de jurisdição, trata-se de garantia prevista na Convenção Interamericana de Direitos Humanos, cuja ratificação pelo Brasil deu-se em 1992, data posterior à promulgação Código de Processo Penal. VI - A incorporação posterior ao ordenamento brasileiro de regra prevista em tratado internacional tem o condão de modificar a legislação ordinária que lhe é anterior. VII - Ordem concedida.

(HC 88420, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Primeira Turma, julgado em 17/04/2007, DJe-032 DIVULG 06-06-2007 PUBLIC 08-06-2007 DJ 08-06-2007 PP-00037 EMENT VOL-02279-03 PP-00429 LEXSTF v. 29, n. 345, 2007, p. 466-474)

EMENTA: "Habeas corpus". Alienação fiduciária em garantia. Prisão civil do devedor como depositário infiel. - Sendo o devedor, na alienação fiduciária em garantia, depositário necessário por força de disposição legal que não desfigura essa caracterização, sua prisão civil, em caso de infidelidade, se enquadra na ressalva contida na parte final do artigo 5º, LXVII, da Constituição de 1988. - Nada interfere na questão do depositário infiel em matéria de alienação fiduciária o disposto no § 7º do artigo 7º da Convenção de San José da Costa Rica. "Habeas corpus" indeferido, cassada a liminar concedida.

(HC 72131, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. MOREIRA ALVES, Tribunal Pleno, julgado em 23/11/1995, DJ 01-08-2003 PP-00103 EMENT VOL-02117-40 PP-08650)

EMENTA: Embargos de declaração para alteração do julgado: improcedência. 1. Os embargos de declaração podem, é certo, gerar a alteração do julgado: só e exclusivamente, porém - afora a sua admissão pretoriana para corrigir o erro material evidente -, nas hipóteses

e na medida em que a modificação se imponha para sanar a obscuridade, colmatar a omissão ou solver a contradição. 2. A contradição que dá margem aos embargos declaratórios é a que se estabelece entre os termos da própria decisão judicial - fundamentação e dispositivo - e não a que porventura exista entre ela e o ordenamento jurídico; menos ainda a que se manifeste entre o acórdão e a opinião da parte vencida.

(RHC 79785 ED, Relator(a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Tribunal Pleno, julgado em 10/04/2003, DJ 23-05-2003 PP-00031 EMENT VOL-02111-08 PP-01696)

ANEXO B – Jurisprudência do STJ

STJ - RECURSO ESPECIAL: REsp 2320 RS 1990/0001896-0

Relator(a): Ministro ATHOS CARNEIRO

Julgamento: 24/06/1991

Órgão Julgador: T4 - QUARTA TURMA

Publicação: DJ 02.09.1991 p. 11814

LEXSTJ vol. 31 p. 88

RJTJRS vol. 148 p. 36

EMENTA: ALIENAÇÃO FIDUCIARIA. FINANCIAMENTO PARA OBTENÇÃO DE CAPITAL DE GIRO, COM EMISSÃO DE CEDULA DE CREDITO INDUSTRIAL. BENS INFUNGIVEIS, INSTRUMENTOS DE TRABALHO DA EMPRESA. POSSIBILIDADE DE SUA ALIENAÇÃO EM GARANTIA, MESMO JA ANTERIORMENTE INTEGRADOS AO PATRIMONIO DO DEVEDOR. NÃO CABE ESTABELECEER DISTINÇÃO ONDE A LEI NÃO DISTINGUE E A NATUREZA DO PACTO NÃO A IMPÕE. PRISÃO CIVIL. SUA IMPOSSIBILIDADE NOS CASOS DE DEPOSITOS ATIPICOS, INSTITUIDOS POR 'EQUIPARAÇÃO' PARA REFORÇO AS GARANTIAS EM FAVOR DE CREDORES. PREVALENCIA DA NORMA CONSTITUCIONAL, TUTELAR DO DIREITO MAIOR A LIBERDADE, E IMUNE A LEIS ORDINARIAS AMPLIATIVAS DO CONCEITO DE DEPOSITARIO INFIEL. RECURSO ESPECIAL CONHECIDO E PROVIDO, COM A RESSALVA DA POSSIBILIDADE DE PRISÃO CIVIL.

<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/596854/recurso-especial-resp-2320-rs-1990-0001896-0-stj>

EMENTA: ALIENAÇÃO FIDUCIARIA EM GARANTIA. BENS NÃO ADQUIRIDOS COM O PRODUTO DO FINANCIAMENTO. A LEI ADMITE A POSSIBILIDADE DE SEREM FIDUCIARIAMENTE ALIENADOS BENS JA ANTES PERTENCENTES AO DEVEDOR, E PORTANTO NÃO ADQUIRIDOS COM O PRODUTO DO FINANCIAMENTO. EXCLUSÃO, TODAVIA, DA COMINAÇÃO DE PRISÃO CIVIL, NÃO ESSENCIAL A NATUREZA MESMA DA AÇÃO DE DEPOSITO E EXCLUIDA DO PERMISSIVO DO ART. 50., LXVII, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, QUE PERTINE TÃO SOMENTE AOS DEPOSITOS CLASSICOS, PREVISTOS NO CODIGO CIVIL, SEM POSSIVEIS AMPLIAÇÕES QUE PONHAM EM RISCO A LIBERDADE DOS DEVEDORES EM GERAL. RECURSO ESPECIAL CONHECIDO E PROVIDO EM PARTE, COM EXCLUSÃO DA COMINAÇÃO DE PRISÃO CIVIL.

(REsp 7943/RS, Rel. Ministro ATHOS CARNEIRO, QUARTA TURMA, julgado em 30.04.1991, DJ 10.06.1991 p. 7854)

[http://www.stj.gov.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=\('REsp'+adj+7943\).suce.+ou+ \(\('REsp'.clas.+ou+'REsp'.clap.\)+e+@num='7943'\)](http://www.stj.gov.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=('REsp'+adj+7943).suce.+ou+ (('REsp'.clas.+ou+'REsp'.clap.)+e+@num='7943'))

EMENTA:CONVENÇÃO DE GENEBRA, LEI UNIFORME SOBRE LETRAS DE CAMBIO E NOTAS PROMISSORIAS, AVAL APOSTO A NOTA PROMISSORIA NÃO REGISTRADA NO PRAZO LEGAL, IMPOSSIBILIDADE DE SER O AVALISTA ACIONADO, MESMO PELAS VIAS ORDINARIAS. VALIDADE DO DECRETO-LEI N. 427, DE 22.01.1969. EMBORA A CONVENÇÃO DE GENEBRA QUE PREVIO UMA LEI UNIFORME SOBRE LETRAS DE CAMBIO E NOTAS PROMISSORIAS TENHA APLICABILIDADE NO DIREITO INTERNO BRASILEIRO, NÃO SE SOBREPOE ELA AS LEIS DO PAIS, DISSO DECORRENDO A CONSTITUCIONALIDADE E CONSEQUENTE VALIDADE DO DEC. LEI Nº 427/69, QUE INSTITUI O REGISTRO OBRIGATORIO DA NOTA PROMISSORIA EM REPARTIÇÃO FAZENDARIA, SOB PENA DE NULIDADE DO TÍTULO. SENDO O AVAL UM INSTITUTO DO DIREITO CAMBIARIO, INEXISTENTE SERÁ ELE SE RECONHECIDA A NULIDADE DO TÍTULO CAMBIAL A QUE FOI APOSTO. RECURSO EXTRAORDINÁRIO CONHECIDO E PROVIDO.

(RE 80004, Relator(a): Min. XAVIER DE ALBUQUERQUE, TRIBUNAL PLENO, julgado em 01/06/1977, DJ 29-12-1977 PP-09433 DJ 19-05-1978 PP-03468 EMENT VOL-01083-02 PP-00915 RTJ VOL-00083-03 PP-00809)

ANEXO C – Informativos do STF

Brasília, 20 a 24 de novembro de 2006 Nº 449

Data (páginas internas): 29 de novembro de 2006

Este Informativo, elaborado a partir de notas tomadas nas sessões de julgamento das Turmas e do Plenário, contém resumos não-oficiais de decisões proferidas pelo Tribunal. A fidelidade de tais resumos ao conteúdo efetivo das decisões, embora seja uma das metas perseguidas neste trabalho, somente poderá ser aferida após a sua publicação no Diário da Justiça.

SUMÁRIO

Plenário

- Alienação Fiduciária e Depositário Infiel - 1
- Alienação Fiduciária e Depositário Infiel - 2
- Alienação Fiduciária e Depositário Infiel – 3
- [...]

Plenário

Alienação Fiduciária e Depositário Infiel - 1

O Tribunal iniciou julgamento de recurso extraordinário no qual se discute a constitucionalidade da prisão civil do depositário infiel nos casos de alienação fiduciária em garantia (DL 911/69: “*Art. 4º Se o bem alienado fiduciariamente não for encontrado ou não se achar na posse do devedor, o credor poderá requerer a conversão do pedido de busca e apreensão, nos mesmos autos, em ação de depósito, na forma prevista no Capítulo II, do Título I, do Livro IV, do Código de Processo Civil.*”). O Min. Cezar Peluso, relator, negou provimento ao recurso, por entender que a aplicação do art. 4º do DL 911/69, em todo o seu alcance, é inconstitucional. Afirmou, inicialmente, que entre os contratos de depósito e de alienação fiduciária em garantia não há afinidade, conexão teórica entre dois modelos jurídicos, que permita sua equiparação. Asseverou, também, não ser cabível interpretação extensiva à norma do art. 153, § 17, da EC 1/69 — que exclui da vedação da prisão civil por dívida os casos de depositário infiel e do responsável por inadimplemento de obrigação alimentar — nem analogia, sob pena de se aniquilar o direito de liberdade que se ordena proteger sob o comando excepcional. Ressaltou que, à lei, só é possível equiparar pessoas ao depositário com o fim de lhes autorizar a prisão civil como meio de compeli-las ao adimplemento de obrigação, quando não se deforme nem deturpe, na situação equiparada, o arquetipo do depósito convencional, em que o sujeito contrai obrigação de custodiar e devolver.

RE 466343/SP, rel. Min. Cezar Peluso, 22.11.2006. (RE-466343)

Alienação Fiduciária e Depositário Infiel - 2

Em seguida, o Min. Gilmar Mendes acompanhou o voto do relator, acrescentando aos seus fundamentos que os tratados internacionais de direitos humanos subscritos pelo Brasil possuem *status* normativo supralegal, o que torna inaplicável a legislação infraconstitucional com eles conflitantes, seja ela anterior ou posterior ao ato de ratificação e que, desde a ratificação, pelo Brasil, sem qualquer reserva, do Pacto Internacional dos Direitos Cívicos e Políticos (art. 11) e da Convenção Americana sobre Direitos Humanos - Pacto de San José da Costa Rica (art. 7º, 7), não há mais base legal para a prisão civil do depositário infiel. Aduziu, ainda, que a prisão civil do devedor-fiduciante viola o princípio da proporcionalidade, porque o ordenamento jurídico prevê outros meios processuais-executórios postos à disposição do credor-fiduciário para a garantia do crédito, bem como em razão de o DL 911/69, na linha do que já considerado pelo relator, ter instituído uma ficção jurídica ao equiparar o devedor-fiduciante ao depositário, em ofensa ao princípio da reserva legal proporcional. Após os votos dos

Ministros Cármen Lúcia, Ricardo Lewandowski, Joaquim Barbosa, Carlos Britto e Marco Aurélio, que também acompanhavam o voto do relator, pediu vista dos autos o Min. Celso de Mello.

RE 466343/SP, rel. Min. Cezar Peluso, 22.11.2006. (RE-466343)

Alienação Fiduciária e Depositário Infiel - 3

O Tribunal retomou julgamento de recuso extraordinário no qual se discute a constitucionalidade da prisão civil do depositário infiel nos casos de alienação fiduciária em garantia — v. Informativo 304. O Min. Gilmar Mendes, em voto-vista, acompanhou o voto do relator para negar provimento ao recurso, adotando os fundamentos expendidos no caso acima relatado. No mesmo sentido votaram os Ministros Cármen Lúcia, Ricardo Lewandowski e Marco Aurélio. Após, o julgamento foi adiado em virtude do pedido de vista do Min. Celso de Mello.

RE 349703/RS, rel. Min. Ilmar Galvão, 22.11.2006. (RE-349703)

[...]

Assessora responsável pelo Informativo Anna Daniela de A. M. dos Santos informativo@stf.gov.br

Brasília, 27 de novembro a 1º de dezembro de 2006 N° 450

Data (páginas internas): 6 de dezembro de 2006

Este Informativo, elaborado a partir de notas tomadas nas sessões de julgamento das Turmas e do Plenário, contém resumos não-oficiais de decisões proferidas pelo Tribunal. A fidelidade de tais resumos ao conteúdo efetivo das decisões, embora seja uma das metas perseguidas neste trabalho, somente poderá ser aferida após a sua publicação no Diário da Justiça.

SUMÁRIO

Plenário

[...]

Alienação Fiduciária e Depositário Infiel - 1 (Errata)

[...]

Plenário

[...]

Alienação Fiduciária e Depositário Infiel - 1 (Errata)

Comunicamos que o correto teor da matéria referente ao RE 466343/SP, divulgada no Informativo 449, é este:

O Tribunal iniciou julgamento de recurso extraordinário no qual se discute a constitucionalidade da prisão civil nos casos de alienação fiduciária em garantia (DL 911/69: “Art. 4º Se o bem alienado fiduciariamente não for encontrado ou não se achar na posse do devedor, o credor poderá requerer a conversão do pedido de busca e apreensão, nos mesmos autos, em ação de depósito, na forma prevista no Capítulo II, do Título I, do Livro IV, do Código de Processo Civil.”). O Min. Cezar Peluso, relator, negou provimento ao recurso, por entender que o art. 4º do DL 911/69 não pode ser aplicado em todo o seu alcance, por inconstitucionalidade manifesta. Afirmou, inicialmente, que entre os contratos de depósito e de alienação fiduciária em garantia não há afinidade, conexão teórica entre dois modelos jurídicos, que permita sua equiparação. Asseverou, também, não ser cabível

interpretação extensiva à norma do art. 153, § 17, da EC 1/69 — que exclui da vedação da prisão civil por dívida os casos de depositário infiel e do responsável por inadimplemento de obrigação alimentar — nem analogia, sob pena de se aniquilar o direito de liberdade que se ordena proteger sob o comando excepcional. Ressaltou que, à lei, só é possível equiparar pessoas ao depositário com o fim de lhes autorizar a prisão civil como meio de compeli-las ao adimplemento de obrigação, quando não se deforme nem deturpe, na situação equiparada, o arquétipo do depósito convencional, em que o sujeito contrai obrigação de custodiar e devolver.

RE 466343/SP, rel. Min. Cezar Peluso, 22.11.2006. (RE-466343)

[...]

Assessora responsável pelo Informativo
 Anna Daniela de A. M. dos Santos
 informativo@stf.gov.br

Brasília, 10 a 14 de março de 2008 Nº 498

Data (páginas internas): 19 de março de 2008

Este Informativo, elaborado a partir de notas tomadas nas sessões de julgamento das Turmas e do Plenário, contém resumos não-oficiais de decisões proferidas pelo Tribunal. A fidelidade de tais resumos ao conteúdo efetivo das decisões, embora seja uma das metas perseguidas neste trabalho, somente poderá ser aferida após a sua publicação no Diário da Justiça.

SUMÁRIO

Plenário

[...]

Alienação Fiduciária e Depositário Infiel - 4

Alienação Fiduciária e Depositário Infiel - 5

Alienação Fiduciária e Depositário Infiel - 6

Alienação Fiduciária e Depositário Infiel - 7

Prisão Civil e Depositário Infiel - 2

[...]

Plenário

[...]

Alienação Fiduciária e Depositário Infiel - 4

O Tribunal retomou julgamento de recurso extraordinário no qual se discute a constitucionalidade da prisão civil do depositário infiel nos casos de alienação fiduciária em garantia (DL 911/69: “Art. 4º Se o bem alienado fiduciariamente não for encontrado ou não se achar na posse do devedor, o credor poderá requerer a conversão do pedido de busca e apreensão, nos mesmos autos, em ação de depósito, na forma prevista no Capítulo II, do Título I, do Livro IV, do Código de Processo Civil.”) — v. Informativos 449 e 450. O Min. Celso de Mello, em voto-vista, acompanhou o voto do relator, no sentido de negar provimento ao recurso, ao fundamento de que a norma impugnada não foi recebida pelo vigente ordenamento constitucional. Salientou, inicialmente, que, em face da relevância do assunto debatido, seria mister a análise do processo de crescente internacionalização dos direitos humanos e das relações entre o direito nacional e o direito internacional dos direitos humanos, sobretudo diante do disposto no § 3º do art. 5º da CF, introduzido pela EC 45/2004. Asseverou que a vedação da prisão civil por dívida possui extração constitucional e que, nos termos do art. 5º, LXVII, da CF, abriu-se, ao legislador

comum, a possibilidade, em duas hipóteses, de restringir o alcance dessa vedação, quais sejam: inadimplemento de obrigação alimentar e infidelidade depositária.

RE 466343/SP, rel. Min. Cezar Peluso, 12.3.2008. (RE-466343)

Alienação Fiduciária e Depositário Infiel - 5

O Min. Celso de Mello, entretanto, também considerou, na linha do que exposto no voto do Min. Gilmar Mendes, que, desde a ratificação, pelo Brasil, do Pacto Internacional dos Direitos Cívicos e Políticos (art. 11) e da Convenção Americana sobre Direitos Humanos - Pacto de San José da Costa Rica (art. 7º, 7), não haveria mais base legal para a prisão civil do depositário infiel. Contraindo-se, por outro lado, ao Min. Gilmar Mendes no que respeita à atribuição de *status* supralegal aos tratados internacionais de direitos humanos subscritos pelo Brasil, afirmou terem estes hierarquia constitucional. No ponto, destacou a existência de três distintas situações relativas a esses tratados: 1) os tratados celebrados pelo Brasil (ou aos quais ele aderiu), e regularmente incorporados à ordem interna, em momento anterior ao da promulgação da CF/88, revestir-se-iam de índole constitucional, haja vista que formalmente recebidos nessa condição pelo § 2º do art. 5º da CF; 2) os que vierem a ser celebrados por nosso País (ou aos quais ele venha a aderir) em data posterior à da promulgação da EC 45/2004, para terem natureza constitucional, deverão observar o *iter* procedimental do § 3º do art. 5º da CF; 3) aqueles celebrados pelo Brasil (ou aos quais nosso País aderiu) entre a promulgação da CF/88 e a superveniência da EC 45/2004, assumiriam caráter materialmente constitucional, porque essa hierarquia jurídica teria sido transmitida por efeito de sua inclusão no bloco de constitucionalidade.

RE 466343/SP, rel. Min. Cezar Peluso, 12.3.2008. (RE-466343)

Alienação Fiduciária e Depositário Infiel - 6

O Min. Celso de Mello observou, ainda, que o alcance das exceções constitucionais à cláusula geral que veda a prisão civil por dívida poderia sofrer mutações, decorrentes da atividade desenvolvida pelo próprio legislador comum, de formulações adotadas em sede de convenções ou tratados internacionais, ou ditadas por juízes e Tribunais, no processo de interpretação da Constituição e de todo o complexo normativo nela fundado, salientando, nessa parte, o papel de fundamental importância que a interpretação judicial desempenha, notadamente na adequação da própria Constituição às novas exigências, necessidades e transformações resultantes dos processos sociais, econômicos e políticos da sociedade contemporânea. Reconheceu, por fim, a supremacia da Constituição sobre todos os tratados internacionais celebrados pelo Estado brasileiro, inclusive os que versam o tema dos direitos humanos, desde que, neste último caso, as convenções internacionais que o Brasil tenha celebrado (ou a que tenha aderido) impliquem supressão, modificação gravosa ou restrição a prerrogativas essenciais ou a liberdades fundamentais reconhecidas e asseguradas pela própria Constituição. Em seguida, após as manifestações dos Ministros Gilmar Mendes e Cezar Peluso, mantendo os respectivos votos, pediu vista dos autos o Min. Menezes Direito.

RE 466343/SP, rel. Min. Cezar Peluso, 12.3.2008. (RE-466343)

Alienação Fiduciária e Depositário Infiel - 7

O Tribunal retomou julgamento de recuso extraordinário no qual se discute a constitucionalidade da prisão civil do depositário infiel nos casos de alienação fiduciária em garantia — v. Informativos 304 e 449. O Min. Celso de Mello, em voto-vista, acompanhou o voto do relator para negar provimento ao recurso, adotando os fundamentos expendidos no caso acima relatado. Em seguida, o julgamento foi suspenso em virtude do pedido de vista o Min. Menezes Direito.

RE 349703/RS, rel. Min. Ilmar Galvão, 12.3.2008. (RE-349703)

Prisão Civil e Depositário Infiel - 2

— O Tribunal retomou julgamento de *habeas corpus*, afetado ao Plenário pela 1ª Turma, em que se questiona a legitimidade da ordem de prisão, por 60 dias, decretada em desfavor do paciente que, intimado a entregar o bem do qual depositário, não adimplira a obrigação contratual — v. Informativos 471 e 477. O Min. Celso de Mello, em voto-vista, acompanhou o voto do relator para conceder a ordem. Adotando os fundamentos expendidos nos casos acima relatados, asseverou que o Decreto 1.102/1903, que institui regras para o estabelecimento de empresas de armazéns gerais, determinando os direitos e obrigações dessas empresas, não foi recebido, especificamente no que concerne à expressão “*sob pena de serem presos os empresários, gerentes, superintendentes ou administradores sempre que não efetuarem aquela entrega dentro de 24 horas depois que judicialmente forem requeridos*”, constante do seu art. 11, nº 1, e, também, no que se refere à locução “*sem prejuízo da pena de prisão de que trata o art. 11, nº 1º*”, inscrita na parte final do art. 35, 4º. Em seguida, pediu vista dos autos o Min. Menezes Direito.

HC 87585/TO, rel. Min. Marco Aurélio, 13.3.2008. (HC-87585)

[...]

Assessora responsável pelo Informativo
Anna Daniela de A. M. dos Santos
informativo@stf.gov.br

Brasília, 1º a 5 de dezembro de 2008 Nº 531

Data (páginas internas): 11 de dezembro de 2008

Este Informativo, elaborado a partir de notas tomadas nas sessões de julgamento das Turmas e do Plenário, contém resumos não-oficiais de decisões proferidas pelo Tribunal. A fidelidade de tais resumos ao conteúdo efetivo das decisões, embora seja uma das metas perseguidas neste trabalho, somente poderá ser aferida após a sua publicação no Diário da Justiça.

Plenário

Prisão Civil e Depositário Infiel - 3

Alienação Fiduciária e Depositário Infiel - 8

Alienação Fiduciária e Depositário Infiel - 9

Prisão de Depositário Judicial Infiel e Revogação da Súmula 619 do STF

[...]

Plenário

Prisão Civil e Depositário Infiel - 3

Em conclusão de julgamento, o Tribunal concedeu *habeas corpus* em que se questionava a legitimidade da ordem de prisão, por 60 dias, decretada em desfavor do paciente que, intimado a entregar o bem do qual depositário, não adimplira a obrigação contratual — v. Informativos 471, 477 e 498. Entendeu-se que a circunstância de o Brasil haver subscrito o Pacto de São José da Costa Rica, que restringe a prisão civil por dívida ao descumprimento inescusável de prestação alimentícia (art. 7º, 7), conduz à inexistência de balizas visando à eficácia do que previsto no art. 5º, LXVII, da CF (“*não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel;*”). Concluiu-se, assim, que, com a introdução do aludido Pacto no ordenamento jurídico nacional, restaram derogadas as normas estritamente legais definidoras da custódia do depositário infiel. Prevaleceu, no julgamento, por fim, a tese do *status* de supralegalidade da referida Convenção, inicialmente defendida pelo Min. Gilmar Mendes no julgamento do RE 466343/SP, abaixo relatado. Vencidos, no ponto, os Ministros Celso de Mello, Cezar Peluso, Ellen Gracie e Eros Grau, que a ela davam a qualificação constitucional, perfilhando o entendimento expendido pelo primeiro no voto que proferira nesse recurso. O Min. Marco Aurélio, relativamente a essa questão, se absteve de pronunciamento.

HC 87585/TO, rel. Min. Marco Aurélio, 3.12.2008. (HC-87585)

Alienação Fiduciária e Depositário Infiel - 8

Na linha do entendimento acima fixado, o Tribunal, por maioria, desproveu recurso extraordinário no qual se discutia a constitucionalidade da prisão civil do depositário infiel nos casos de alienação fiduciária em garantia (DL 911/69: “*Art. 4º Se o bem alienado fiduciariamente não for encontrado ou não se achar na posse do devedor, o credor poderá requerer a conversão do pedido de busca e apreensão, nos mesmos autos, em ação de depósito, na forma prevista no Capítulo II, do Título I, do Livro IV, do Código de Processo Civil.*”) — v.

Informativos 304, 449 e 498. Vencidos os Ministros Moreira Alves e Sydney Sanches, que davam provimento ao recurso.

RE 349703/RS, rel. orig. Min. Ilmar Galvão, rel. p/ o acórdão Min. Gilmar Mendes, 3.12.2008. (RE-34703)

Alienação Fiduciária e Depositário Infiel - 9

Seguindo a mesma orientação firmada nos casos supra relatados, o Tribunal negou provimento a recurso extraordinário no qual se discutia também a constitucionalidade da prisão civil do depositário infiel nos casos de alienação fiduciária em garantia — v. Informativos 449, 450 e 498.

RE 466343/SP, rel. Min. Cezar Peluso, 3.12.2008. (RE-466343)

Prisão de Depositário Judicial Infiel e Revogação da Súmula 619 do STF

Na linha do entendimento acima sufragado, o Tribunal, por maioria, concedeu *habeas corpus*, impetrado em favor de depositário judicial, e averbou expressamente a revogação da Súmula 619 do STF (“*A prisão do depositário judicial pode ser decretada no próprio processo em que se constituiu o encargo, independentemente da propositura de ação de depósito*”). Vencido o Min. Menezes Direito que denegava a ordem por considerar que o depositário judicial teria outra natureza jurídica, apartada da prisão civil própria do regime dos contratos de depósitos, e que sua prisão não seria decretada com fundamento no descumprimento de uma obrigação civil, mas no desrespeito ao múnus público.

HC 92566/SP, rel. Min. Marco Aurélio, 3.12.2008. (HC-92566)

[...]

Assessora responsável pelo Informativo Anna Daniela de A. M. dos Santos informativo@stf.gov.br
--